

A. I. Nº - 281424.0007/18-4
AUTUADO - BOMPREÇO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA.
AUTUANTE - CARLITO NEVES DE LACERDA JÚNIOR
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 25/03/2019

6ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0007-06/19

EMENTA: ICMS. BASE DE CÁLCULO. REDUÇÃO INDEVIDA. LEITE LONGA VIDA COMPOSTO LÁCTEO, LEITE EM PÓ, MAQUINAS DE LAVAR E LIMPADORAS A VAPOR. O benefício da redução da base de cálculo previsto no RICMS/BA (Decreto nº 13.780/2012), somente se aplica às saídas de leite e composto lácteo de fabricação no território da Bahia, e não de fabricação em outras Unidades da Federação, conforme utilizado pela autuada. O benefício previsto no Convênio ICMS 52/91, é concedido para estimular a atividade industrial, não alcançando aparelhos de uso doméstico. Discussão sobre a suposta natureza confiscatória da multa lançada no Auto de Infração, foge à competência das instâncias administrativas de julgamento. Decisão sobre pedido de redução da multa, também se encontra fora da competência de julgamento em primeira instância administrativa. A infração imputada, não ensejou dúvida capaz de justificar a aplicação do Artigo 112 do CTN. Indeferido o pedido de realização de perícia técnica. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração lavrado em 20/09/2018, para exigir crédito tributário no valor histórico de R\$2.446.655,57 (dois milhões, quatrocentos e quarenta e seis mil, seiscentos e cinquenta e cinco reais e cinquenta e sete centavos), apurado no período compreendido entre os meses de Janeiro a Dezembro de 2015, com a seguinte imputação:

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. Enquadramento Legal: arts. 17 a 21 e 23, da Lei nº 7.014/96. Multa de 60%, prevista no art. 42, II “a” da Lei nº 7.014/96.

O Contribuinte foi notificado do Auto de Infração em 21/09/2018 e ingressou tempestivamente com defesa administrativa em 22/11/2018, peça processual que se encontra anexada ao PAF às fls. 69/116. A impugnação foi formalizada através de petição subscrita por seu representante legal, o qual possui os devidos poderes, conforme instrumentos de procuração constantes nos autos às fls. 90/93.

Na peça impugnatória, inicia tecendo considerações sobre a tempestividade da Impugnação e seu encaminhamento via endereço eletrônico. Reproduz a Infração que ensejou a lavratura do Auto de Infração. Na sequência, passa a abordar as questões de mérito conforme a seguir consignadas.

Dos Produtos Leite do Tipo Longa Vida, Composto Lácteo e Leite em Pó

Diz que, segundo a acusação fiscal, teria calculado de forma equivocada o imposto que deveria ter sido recolhido na saída do produto leite em pó, composto lácteo e leite do tipo longa vida, uma vez que utilizou a carga tributária de 7% quando deveria ser de 17%. 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 em pó produzido no Estado. Cita e reproduz o Art. 268, XXV e XXIX, do RICMS/BA (Decreto nº 13.780/2012).

Registra que “É o caso dos itens **LEITE UHT INTEGRAL BATAVO 1L, LEITE INTEG BETANIA 1L, LEITE INTEG PARMALAT 1L, LEITE PO MOLICO T CALCIO SACHE 600G, LEITE INST NINHO 400G, COMPOSTO LACTEO NINHO FASES 1 400, ert., e demais produtos semelhantes que foram autuados.**”.

Argui que improcede a limitação imposta pelo Estado, por meio de uma carga tributária majorada e diferenciada nas operações interestaduais, posto que viola as vedações constitucionais dispostas nos arts. 150, V, e 152, da Carta Magna. Cita a doutrina do Prof. Manoel Gonçalvez Ferreira Filho sobre a matéria e do Prof. Pinto Ferreira (A Constituição na Visão dos Tribunais, Ed. Saraiva, vol. II, pág. 1049).

Disserta sobre o pacto federativo e afirma ser 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. Cita o art. 1º da CF/88.

Defende que o princípio da isonomia, consagrado nos arts. 5º e 150, II, da CF/88, também impede que se dê tratamento diferenciado entre produtos internos e de outros Estados. E que a sistemática concebida pela Bahia, 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 18% de ICMS, enquanto o produtor local tem sua taxação reduzida a 7%.

Pondera que, nesse sentido, 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? E (ii) sendo negativa a resposta supra, é válida a regra do Decreto nº 7.826/2000 e, por sua vez, do RICMS/BA, 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?

Aduz que a situação posta pela Bahia já foi objeto de análise do Poder Judiciário, em casos semelhantes ao presente, com decisões favoráveis à tese defendida pela Impugnante. Cita e colaciona trechos de diversas decisões, a saber: (i) 2ª Vara da Fazenda Pública de Salvador, em 25/08/2014, julgou procedente a Ação Anulatória nº 0375591-23.2013.8.05.0001, confirmada pelo Tribunal de Justiça da Bahia; (ii) 11ª Vara da Fazenda Pública de Salvador, em setembro/2015, nos Embargos à Execução Fiscal nº 0346138-46.2014.8.05.0001, (iii) Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJ-SP), na Apelação/Reexame Necessário nº 00374807820118260114, 10ª Câmara de Direito Público, julgado em 08/09/2014, publicado em 10/09/2014 e Apelação/Reexame Necessário 06023402520088260053, 10ª Câmara de Direito Público, julgado em 05/08/2013, publicado em 09/08/2013); (iv) Supremo Tribunal Federal, na ADI 3389 MC, Relator 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.

Salienta que o RICMS/BA é um diploma legal estadual que não pode se sobrepor ou conflitar com a Constituição ou diploma federal, por garantia do próprio Estado, sobretudo quando a matéria envolvida se encontra pacificada pelos Tribunais, tanto Estaduais como os Superiores. Que o legislador estadual visa, única e exclusivamente, a arrecadação. Que agindo dessa forma, corre o risco de ultrajar o critério hierárquico das normas, gerando conflitos a serem sanados pelo poder judiciário. E 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/BA, que reduziu a base de cálculo para a saída de leite produzido no Estado de forma que a carga tributária corresponda a 7%.

Argumenta que embora a questão encontre-se na esfera administrativa, não deve ser esquecido que todas as normas estão incluídas dentro de um mesmo ordenamento jurídico. Que é nesse sentido que a norma deve ser apreciada, levando-se em consideração a hierarquia, para a solução justa do litígio, sem maiores entraves e prejuízos. Que *in casu*, a solução seria utilizar o critério

hierárquico, o que significa dizer que a Constituição Federal deva prevalecer sobre a Legislação Estadual. Que se deve, portanto, aplicar a norma local conforme a constituição, sem a necessidade de declará-la inconstitucional. E que agindo dessa forma, evitar-se-á a onerosidade tanto para o contribuinte (despesas do processo judicial), como para o Estado (sucumbência).

Assinala que a improcedência da autuação se impõe porque, ao conferir tratamento diferenciado ao leite produzido fora do Estado, em favor do produzido internamente, a Bahia afronta aos arts. 1º, 5º, 150, II e V, 155, II, § 2º, XII, “g” e 152, todos da CF/88, dispositivos hierarquicamente superiores à legislação estadual. Que tanto é verdade, que acharam por bem revogar os artigos pertinentes a presente discussão a partir de 01/02/2017. Mas que as ocorrências da notificação fiscal em epígrafe foram referentes ao período de 2015, razão pela qual entende que os fatos geradores autuados estavam acobertados pelo benefício da redução de base de cálculo.

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

Dos Produtos do Convênio/ICMS 52/91.

Afirma que o Autuante se equivoca por desconsiderar a determinação contida no Convênio 52/91, internalizado pelo no RICMS/BA através do seu art. 266, I, “a”. Que o citado Convênio, o qual reproduz parcialmente, concede redução da base de cálculo nas operações com equipamentos industriais, estabelecendo carga tributária equivalente a 8,80% para as operações internas. E que esta é exatamente a situação que ocorre no presente caso concreto.

Acrescenta que, entretanto, o Fiscal Autuante não cumpriu com tais determinações, na medida em que, no seu levantamento, exige o ICMS com base na alíquota de 17% nas operações internas, pelo que a carga tributária efetiva da operação não foi alcançada pelo benefício previsto no Convênio e no RICMS/BA, o que não deve prevalecer. E que não há dúvidas de que os produtos autuados encontram previsão na lista do Anexo I do Convênio 52/91. Alega a seguinte correspondência:

Item Auto de Infração	Previsão do Anexo I - Convênio 52/91
LAV CONS CWG12/1	
LIMPAD.VAPOR 2.500/1	39 – MÁQUINAS DE LAVAR ROUPA, MESMO COM
LAV BRAST BWG12/1	DISPOSITIVO DE SECAGEM
LAVPRES LAVOR SLIM/1	

Considera que a redução de base de cálculo concedida pelo Convênio ICMS 52/91 deve ser aplicada a todas as etapas da cadeia de circulação dos bens; ou seja, desde a saída da fábrica até a venda a consumidor final. E que o benefício tem caráter objetivo, bastando, para a sua fruição, que a mercadoria esteja arrolada nos anexos ao convênio, como no caso em questão. Cita a Decisão Normativa CAT 03/2013, da SEFAZ/SP, que segundo seu entendimento, reconheceu que o legislador, ao incluir itens no Anexo I do Convênio ICMS 52/91 destinados ao consumidor final, estava estendendo o benefício independente da utilização em estabelecimento industrial.

Conclui que, na medida em que o Autuante não observou a redução de base de cálculo prevista na legislação de regência, a exigência fiscal mostra-se totalmente improcedente quanto às diversas lavadoras autuadas.

Da Exorbitância da Multa Aplicada

Consigna que 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.

Complementa que duas 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 da multa em tela; e (ii) a exorbitância da penalidade aplicada, em violação ao princípio do não confisco.

Menciona que em relação ao primeiro ponto, cediço é que penalidades de tal nível dependem da

demonstração, a cargo do Fisco, do flagrante intuito de fraude, completamente inexistente no caso em tela. Que seu procedimento – perpetrado com amparo na mais lídima boa-fé – foi completamente amparado pela legislação de regência atual e vigente. Que não pode a mesma ser penalizada por ter agido em estrito cumprimento do dever legal de seguir os regramentos de regência. E que, em casos como tais, os tribunais administrativos entendem pelo afastamento da multa, ou sua desqualificação, reduzindo seu montante. Cita como exemplo, decisão proferida pelo CARF no Recurso nº 155.351. Acórdão nº 9101-00.5496. Sessão de 11 de janeiro de 2010.

Sobre a segunda questão (confisco), ressalta 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 CF/88. Que a aplicação do princípio constitucional em comento às multas tributárias também já foi objeto de pacificação pela jurisprudência da Corte Excelsa. Que o STF, desde 1980, já entendia pela aplicabilidade do princípio do não confisco às multas tributárias, admitindo sua equitativa redução pelo magistrado. Sobre a aplicação de tal princípio às multas fiscais, cita a doutrina de Ricardo Corrêa Dalla, em sua obra “Multas Tributárias” e transcreve ementas de decisões judiciais do STF e de outros Tribunais: (i) STF. RE 91707/MG. Segunda Turma: Min. Moreira Alves. DJ. 29.02.1980, p. 00975; e (ii) RE nº 81.550/MG/Min. Xavier de Albuquerque.

Pontua que em julgados mais recentes, proferidos inclusive em sede de controle concentrado (com efeitos vinculantes e *erga omnes*), o STF 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. Cita decisões proferidas:

- I. Pelo STF, nas: (a) ADI 1075 MC, Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 17/06/1998, DJ 24-11-2006 PP-00059 EMENT VOL-02257-01 PP-00156 RTJ VOL-00200-02 PP-00647 RDDT n. 139, 2007, p. 199-211 RDDT n. 137, 2007, p. 236-237; (b) ADI 551, Min. ILMAR GALVÃO, Tribunal Pleno, julgado em 24/10/2002, DJ 14-02-2003 PP-00058 EMENT VOL-02098-01 PP-00039; (c) AI 482281 AgR, Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 30/06/2009, DJe-157 DIVULG 20-08-2009 PUBLIC 21-08-2009 EMENT VOL-02370-07 PP-01390 LEXSTF v. 31, n. 368, 2009, p. 127-130 e (d) RE 523471 AgR, Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 06/04/2010, DJe-071 DIVULG 22-04-2010 PUBLIC 23-04-2010 EMENT VOL-02398-05 PP-00915 LEXSTF v. 32, n. 377, 2010, p. 203-209;
- II. Por Tribunais Federais e Estaduais: (a) TJRN, 1ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 2006.005459-9, rel. Des. DILERMANDO MOTA, j. 27/07/2010; (b) TJRN. AC 2007.000633-3. 2ª C. Cível. Rel. Desembargador Rafael Godeiro. j. 02/12/2008; e (c) TJRN. Apelação Cível nº 2007.007015-6 – Rel. Des. Amaury Moura Sobrinho – 3ª Câmara Cível – Julgamento publicado em 10.04.2008.

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

Do In Dúbio Pro Contribuinte

Pondera que deve ser levado em consideração também o benefício da dúvida. Que o art. 112 do CTN, que reproduz, é claro ao afirmar que em caso de dúvida a interpretação da norma jurídica deve favorecer ao contribuinte. Que assim também entende os Tribunais Superiores: (i) STF, RE nº 90.143, Rel. Min. Soares Munoz, DJ de 16/03/79, p. 1825; e (ii) STJ, RESP nº 38.997-SP, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, DJ de 17/04/1995, p. 9.561.

Destaca que, pelo desenvolvimento dos argumentos apresentados, evidencia-se a certeza da Impugnante em ver desconstituído o Auto de Infração, em função da improcedência da Autuação, mas que, se alguma dúvida restar, solicita, de acordo com o art. 112, do CTN, que se aplique a interpretação mais favorável ao Contribuinte, julgando Improcedente o Auto de Infração em combate.

Do Pedido

In fine, requer: (i) o reconhecimento e declaração/decretação da nulidade e/ou improcedência da exigência fiscal; (ii) que, em não sendo acolhido o pedido anterior, seja reduzida a patamar razoável (entre 20% e 30%) ou mesmo afastada a multa aplicada, em respeito ao princípio da razoabilidade, proporcionalidade e do não confisco; e (iii) que em caso de dúvida se interprete a norma jurídica da forma mais favorável à Impugnante (art. 112 do CTN).

Requer ainda, 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.

Em Informação Fiscal de fls. 118/131, o Autuante mantém a acusação fiscal, mediante a argumentação que passo a registrar.

Dos Produtos Leite do Tipo Longa Vida, Composto Lácteo e Leite em Pó

Evidencia que em relação às saídas de “Leite Tipo Longa Vida”, “Leite em Pó” e “Composto Lácteo em Pó”, a Autuada aplicou indiscriminadamente uma carga tributária de 7%, sendo o produto fabricado, ou não, no Estado da Bahia. E que, assim, infringiu o Art. 268, XXV e XXIX, do RICMS/2012, que concede redução de base de cálculo, reduzindo a carga tributária a 7%, apenas aos PRODUTOS FABRICADOS NESTE ESTADO.

Sobre as alegações da Impugnante de que: (i) há uma “limitação imposta pelo Estado, por meio de uma carga tributária majorada e diferenciada nas operações interestaduais, que viola a vedação constitucional disposta nos arts. 150, V e 152, da Carta Magna”; (ii) a Constituição não permite a distinção entre produtos internos e de outros Estados, sendo assim inconstitucional tal diferenciação, uma vez que atropela o princípio da isonomia. E sobre as decisões judiciais transcritas, a exemplo da ação anulatória nº 0375591-3.2013.08.05.0001, e precedentes judiciais, como aquele que foi proferido pelo STF em ação direta de inconstitucionalidade, declara que não cabe, nem ao Autuante, nem aos julgadores administrativos, a análise da constitucionalidade do lançamento tributário, sendo-lhes vedado negar aplicação de ato normativo (de qualquer natureza) emanado de autoridade superior. E que tal restrição é feita pelo RPAF/BA (Decreto nº 7.629/1999), em seu art. 167, I e III os quais reproduziu.

Explica que o RICMS/2012, por sua vez, em seu Art. 268, XXV e XXIX, ao tratar do assunto dispõe que para que haja a redução da base de cálculo o produto deve ser fabricado na Bahia. Que, portanto, as operações internas, ora analisadas e devidamente relacionadas no demonstrativo da fiscalização de fls. 08 a 10, atingem frontalmente a norma tributária baiana, posto que, também ocorreram com o referido benefício em relação aos produtos fabricados fora deste Estado. E que, por ser norma de benefício fiscal, a regra acima referenciada 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, do CTN.

Frisa 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. Cita decisão proferida no Acórdão JJF Nº 0056-05/14 da 5ª JJF que versa sobre a matéria.

Noticia que o entendimento do CONSEF está plenamente consolidado em reiteradas decisões sobre este assunto. Que, por exemplo, a 5ª Junta de Julgamento Fiscal, em decisão consubstanciada no Acórdão JJF Nº 0145-05/16, julgando caso idêntico da empresa Autuada, ratifica o entendimento defendido pelo Autuante.

No tocante às decisões judiciais trazidas aos autos, informa que: (i) a Ação anulatória nº 0375591-3.2013.08.05.0001, não tem efeito vinculativo ao processo, ora em análise, sendo específica àquele lançamento de ofício e àquela empresa (Wal Mart Brasil Ltda); (ii) os Embargos à Execução Fiscal nº 0346138-46.2014.8.05.0001 não transitaram em julgado, podendo ser objeto de recurso pela Fazenda Pública; e (iii) também os precedentes judiciais citados, a exemplo daqueles proferidos pelo STF, não vinculam a Fazenda Pública Baiana, uma vez que esta não figurou como parte, e nem a declaração de inconstitucionalidade retirou do ordenamento jurídico pátrio ato normativo

originário desse Estado.

Conclui que assim, não devem ser acolhidos os argumentos da Impugnante concernentes aos produtos “Leite Tipo Longa Vida”, “Leite em Pó” e “Composto Lácteo em Pó”.

Do Convênio/ICMS 52/91

Fala que a Autuada continua alegando irregularidade em relação à cobrança das mercadorias LAV CONS CWG12/1, LIMP. VAPOR 2.500/1, LAV BRAST BWG12/1 e LAVPRES LAVOR SLIM/1, pois, segundo seu entendimento, poderia se aplicar a redução da base de cálculo prevista no Convênio 52/91 para aqueles produtos.

Esclarece que os produtos LIMP. VAPOR 2.500/1 e LAVPRES LAVOR SLIM/1 não fazem parte deste PAF, vez que não constam do demonstrativo da fiscalização de fls. 08 a 10 (vide demonstrativo completo no CD-R anexado em fl. 62). Que em relação aos outros dois produtos não é correto o entendimento da Autuada. Que o Convênio/ICMS 52/91 concede redução da base de cálculo nas operações com equipamentos industriais e implementos agrícolas. Que os produtos em questão são máquinas de lavar roupa de uso doméstico, não tendo qualquer relação com o citado Convênio. Que a Impugnante muitas vezes tributa integralmente as referidas máquinas de lavar, conforme se pode comprovar nos DANFEs de fls. 118 a 122, onde os produtos possuem CST 000, ou seja, tributados integralmente, sem redução de base de cálculo. E que nos DANFEs retro mencionados pode ser constatado que as máquinas de lavar possuem NCM 84181000 diferente daquelas relacionadas no item 39, do Anexo I, do Convênio ICMS 52/91, vigente na época da ocorrência dos fatos geradores, conforme se verifica abaixo:

ITEM	DESCRIÇÃO	NCM
39	MÁQUINAS DE LAVAR ROUPA, MESMO COM DISPOSITIVOS DE SECAGEM	
Revogados os subitens 39.1, 39.2 e 39.3 do Anexo I pelo Conv. ICMS 154/15, efeitos a partir de 30.12.15.		
Redação anterior dada aos subitens 39.1, 39.2 e 39.3 do Anexo I pelo Conv. ICMS 89/09, efeitos de 15.10.09 a 29.12.15		
39.1	Máquinas de capacidade não superior a 10 kg, em peso de roupa seca, inteiramente automáticas	8450.11.00
39.2	Máquinas de capacidade não superior a 10 kg, em peso de roupa seca, com secador centrífugo incorporado	8450.12.00
39.3	Outras máquinas de capacidade não superior a 10 kg, em peso de roupa seca	8450.19.00
39.4	Máquinas de capacidade superior a 10 kg, em peso de roupa seca, túneis contínuos	8450.20.10
Nova redação dada ao subitem 39.5 do Anexo I pelo Conv. ICMS 154/15, efeitos a partir de 30.12.15.		
39.5	Outras máquinas de lavar de capacidade superior a 20 kg, em peso de roupa seca de uso não doméstico	8450.20.90
Redação anterior dada ao subitem 39.5 pelo Conv. ICMS 89/09, efeitos de 15.10.09 a 29.12.15.		
39.5	Outras máquinas de capacidade superior a 10 kg, em peso de roupa seca	8450.20.90

Explicita que, por se tratar de benefício fiscal, a interpretação deve ser literal, não podendo sua abrangência ser ampliada para alcançar as máquinas e equipamentos de uso doméstico. Que este tem sido o entendimento do CONSEF, em reiteradas decisões nos processos em que a Impugnante é parte. Nessa direção, cita os Acórdãos JJF Nº 0133-04/18 e JJF Nº 0029-02/18. E que não podem prosperar os argumentos defensivos, uma vez que os produtos comercializados pela Defendente são para uso doméstico.

Da Suposta Exorbitância da Multa Aplicada

No que concerne ao requerimento da Defendente pela improcedência da infração, no que atine à multa fixada, ou subsidiariamente, para sua redução a patamar razoável (entre 20% e 30%), considerando que em sua peça defensiva, esta especifica a multa de 60% como confiscatória, realça que a referida multa está amparada pelo artigo 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96. Que não há previsão legal que autorize a não aplicação ou a redução pleiteada. Que falece competência ao fisco para se pronunciar a respeito da ilegalidade ou constitucionalidade da mencionada lei. E que, por haver norma legal em vigor e com eficácia plena não se pode atender a solicitação da Defendente.

Do In Dúbio Pro Contribuinte

No que diz respeito ao requerimento de aplicação da interpretação mais favorável ao contribuinte caso haja dúvida na interpretação da norma, entende o Autuante, que 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.

Do Pedido

Ante o exposto, e em virtude da empresa não ter trazido aos autos elementos que pudesse elidir a presente acusação fiscal, o Autuante solicita que seja o presente PAF julgado PROCEDENTE em sua plenitude.

Por fim, registro que o Sujeito Passivo efetuou o pagamento parcial do *quantum* exigido no presente Auto de Infração, no valor principal de R\$105.760,05, conforme documentos acostados aos autos, às fls. 134/135.

VOTO

O Auto de Infração em lide, totalizou o valor principal de R\$2.446.655,57 (dois milhões, quatrocentos e quarenta e seis mil, seiscentos e cinquenta e cinco reais e cinquenta e sete centavos), e é composto de 01 (uma) Infração detalhadamente exposta no Relatório acima, o qual é parte integrante e inseparável deste Acórdão.

Após análise dos elementos que compõem o presente PAF, inicialmente verifico que: (i) a descrição dos fatos no presente Auto de Infração foi efetuada de forma comprehensível; (ii) foram determinados, com segurança, as infrações e o infrator; (iii) foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada relativamente às irregularidades apuradas; e (iv) não foi constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos. Portanto, o mesmo está revestido das formalidades legais, e não se encontram no presente processo os motivos elencados nos incisos I a IV, do Art. 18 do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento.

Na sequência, constato que na fase de defesa, o Contribuinte reconhece parcialmente o cometimento da Infração, e efetua o recolhimento de parte do valor exigido no presente Lançamento de Ofício, no montante principal de R\$105.760,05, conforme documentos acostados aos autos, às fls. 134/135, remanescendo em discussão a parcela não reconhecida da Imputação Fiscal, cujo valor histórico perfaz R\$2.340.895,52 (dois milhões, trezentos e quarenta mil, oitocentos e noventa e cinco reais e cinquenta e dois centavos).

Quanto ao requerimento para a realização de perícia técnica, constato que o autuado nada trouxe em termos valorativos ou quantitativos que pudesse suscitar a necessidade de realização do trabalho revisional pretendido, razão pela qual indefiro o pedido, com fulcro no art. 147, II, “a” e “b” do RPAF/BA.

“RPAF/BA - Decreto nº 7.629/99

(...)

Art. 147. Deverá ser indeferido o pedido:

(...)

II - de perícia fiscal, quando:

a) a prova do fato não depender do conhecimento especial de técnicos;

b) for desnecessária em vista de outras provas produzidas;

(...)”

Passo então a analisar o mérito da acusação fiscal, relativamente à parte remanescente da autuação, mediante as considerações a seguir consignadas:

Dos Produtos Leite do Tipo Longa Vida, Composto Lácteo e Leite em Pó

No que concerne à alegação defensiva de ser improcedente a limitação imposta pelo Estado, por meio de uma carga tributária majorada e diferenciada nas operações interestaduais, em relação aos produtos leite longa vida, leite em pó e composto lácteo, na medida em que os arts. 150, V e 152 da CF/88, vedam limitações ao tráfego de bens e o estabelecimento de diferença tributária entre bens e serviços, em razão de sua procedência ou destino, cumpre registrar que não compete a esta Junta de Julgamento Fiscal a apreciação desta matéria, visto que não estão inclusos no campo de competência dos órgãos administrativos de julgamento a declaração de inconstitucionalidade e a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior. É o que prescreve o art. 167, incisos I e III do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99:

“RPAF/BA - Decreto nº 7.629/99

(...)

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

I - a declaração de inconstitucionalidade;

II - questão sob a apreciação do Poder Judiciário ou por este já decidida.

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

(...)”

No tocante ao argumento de que não pode o Estado da Bahia tributar de forma diferenciada a comercialização de leite produzido em seu território, e de leite adquirido em outra Unidade da Federação, observo que o benefício da redução de base de cálculo “*de forma que a carga tributária incidente corresponda ao percentual de 7%*”, previsto nos incisos XXV e XXIX do art. 268 do RICMS/BA (Decreto nº 13.780/2012), vigentes à época da ocorrência dos fatos geradores objeto da autuação, alcançam exclusivamente as operações internas com estas mercadorias quando adquiridas de fabricante estabelecido neste Estado, ficando afastada a aplicação do benefício ao produto adquirido em outros estados. Vale ressaltar que tal benefício tem como finalidade estimular a produção e circulação dos mencionados produtos e não representa qualquer óbice à circulação de leite produzido em outros Estados:

“RICMS/BA (Decreto nº 13.780/2012)

(...)

Art. 268. É reduzida a base de cálculo:

(...)

“XXV - das operações internas com leite em pó e com posto lácteo em pó, industrializados neste Estado, de forma que a carga tributária incidente corresponda a 7% (sete por cento); (efeitos de 17/06/15 a 31/01/17)”.

“XXV - das operações internas com leite em pó e com posto lácteo em pó, fabricados neste Estado, de forma que a carga tributária incidente corresponda a 7% (sete por cento); (efeitos de 01/01/14 a 16/06/15)”.

(...)

“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); (efeitos até 31/01/17)”.

(...)”

Destarte, entendo ter restado comprovado nos autos que a Impugnante utilizou indevidamente o

benefício da redução da base de cálculo em comento. Correta, portanto, a exigência da aplicação da alíquota cheia (modal), nas saídas de leite longa vida, leite em pó e composto lácteo, oriundos de outros Estados, promovidas pelo Contribuinte. Subsistente este item da acusação fiscal.

Com referência à decisão judicial consignada na Ação Anulatória, promovida contra o Estado da Bahia pela Wal Mart Brasil Ltda., empresa do mesmo grupo empresarial da Defendente, registro que esta não tem efeito vinculativo ao PAF, ora em lide, sendo tal decisão específica àquele lançamento de ofício e àquela empresa. Da mesma forma, entendo que os precedentes judiciais citados na peça impugnatória, proferidos pelo STF, não vinculam a Administração Pública do Estado da Bahia, na medida em que esta não é parte em nenhuma das ações citadas.

Dos Produtos do Convênio ICMS 52/91

No que tange à arguição contida na Peça de Defesa, no sentido de que a Autoridade Fiscal se equivocou ao desconsiderar a redução da base de cálculo nas operações com equipamentos industriais, estabelecida pelo Convênio ICMS 52/91, verifico que o citado Convênio concede redução da base de cálculo nas operações com máquinas, aparelhos e equipamentos industriais e implementos agrícolas. E que, o art. 266 do RICMS/BA (Decreto nº 13.780/2012) regulamentou a mencionada matéria, conforme a seguir reproduzido:

“RICMS/BA (Decreto nº 13.780/2012)

(...)

Art. 266. É reduzida a base de cálculo, podendo ser mantido integralmente o crédito fiscal relativo às entradas e aos serviços tomados vinculados a essas operações:

I - das operações com máquinas, aparelhos e equipamentos:

a) relacionados no Anexo I do Conv. ICMS 52/91, de forma que a carga tributária seja equivalente a 8,80 % (oito inteiros e oitenta centésimos por cento);

b) relacionados no anexo II do Conv. ICMS 52/91, de forma que a carga tributária seja equivalente a 5,60 % (cinco inteiros e sessenta centésimos por cento), exceto nas saídas interestaduais destinadas a contribuinte, cuja redução será de forma que a carga tributária seja equivalente a 7,0 % (sete por cento);
(...)"

Constatou que de acordo com o demonstrativo elaborado pelo Autuante, e que deu suporte à autuação, a exigência fiscal recai sobre máquinas de lavar roupas e limpadoras a vapor, todas de uso doméstico.

Considero que o mencionado Convênio ICMS 52/91 e o art. 266 do RICMS/BA, expressamente definem que os produtos alcançados pelo benefício tenham atributo específico e inequivocamente definido. Atributo este que, no caso em apreço, é o caráter industrial de tais máquinas e equipamentos. Que, em assim sendo, o benefício não se aplica a qualquer máquina, aparelho ou equipamento, na medida em que, industrial significa reforçado, de grande capacidade de produção e com aplicação específica em ambiente fabril, contrastando com o qualificativo doméstico, ou mesmo com a simples denominação genérica de máquina, aparelho ou equipamento sem qualquer qualificação.

Entendo que o benefício fiscal autorizado pelo Convênio ICMS 52/91, é direcionado ao estímulo da atividade produtiva, pelo viés da desoneração parcial de bens de capital, não se aplicando aos aparelhos de uso domésticos. E que, na dicção do art. 111, II do CTN, por se tratar de benefício fiscal, a interpretação do dispositivo legal deve ser literal, não cabendo ampliação da extensão do mesmo com vistas a alcançar qualquer tipo de máquina, aparelho ou equipamento, como entendeu a Autuada:

“CTN - LEI N° 5.172/1966

Art. 111. Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre:

(...)

II - outorga de isenção;

(...)"

Concluo, portanto, que o Sujeito Passivo utilizou indevidamente a redução de base de cálculo prevista no Convênio ICMS 52/91 e no art. 266 do RICMS/BA, nas saídas dos produtos referenciados parágrafos acima, sendo também procedente a acusação fiscal em relação a estas operações.

No que se refere às alegações defensivas relativas à suposta natureza confiscatória da multa lançada no Auto de Infração, no percentual de 60%, em se considerando que a mesma está prevista no Art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96, se trata de questão que também foge à competência das instâncias administrativas de julgamento, nos termos do Art. 167 do RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99), transcrito linhas acima, somente cabível de apreciação por intermédio de ações próprias no âmbito do Poder Judiciário.

Quanto ao pedido de redução da multa, compete dizer, que por força do Art. 176, III, “c” do RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99), também se encontra fora da competência de julgamento em primeira instância administrativa, atribuída às Juntas de Julgamento Fiscal.

Em relação ao requerimento da Autuada pela aplicação da interpretação mais favorável ao contribuinte, caso haja dúvida na interpretação da norma, entendo que não há como prosperar a aplicação desse princípio, uma vez que não existem dúvidas quanto à infração imputada à Autuada, nos termos do Artigo 112 do CTN.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, devendo ser homologados pela Repartição Fazendária de origem, os valores já recolhidos pelo Contribuinte.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 6ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **281424.0007/18-4**, lavrado contra **BOMPREÇO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$2.446.655,57**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores já recolhidos pelo sujeito passivo.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de janeiro de 2019.

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

ANTONIO EXPEDITO SANTOS DE MIRANDA – RELATOR

EDNA MAURA PRATA DE ARAUJO – JULGADORA