

**A. I. N°** - 269352.0044/15-0  
**AUTUADO** - BOMPREGO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA.  
**AUTUANTES** - ANDERSON PEIXOTO SAMPAIO e CARLITO NEVES DE LACERDA JÚNIOR  
**ORIGEM** - IFEP COMÉRCIO  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET – 17/08/2016

### 3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO JJF N° 0147-03/16

**EMENTA:** ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIAS SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Contribuinte apresenta elementos na defesa que elidem parcialmente o valor originalmente cobrado comprovando que algumas das mercadorias arroladas no levantamento fiscal foram normalmente tributadas nas saídas. Infração parcialmente subsistente. 2. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. OMISSÕES TANTO DE SAÍDAS QUANTO DE ENTRADAS DE MERCADORIAS DO REGIME NORMAL DE TRIBUTAÇÃO. LANÇAMENTO DO IMPOSTO SOBRE A DIFERENÇA DE MAIOR EXPRESSÃO MONETÁRIA, A DAS SAÍDAS. Os argumentos trazidos pelo autuado não elidem as infrações apuradas por levantamento quantitativo de estoque na forma da Portaria n° 445/98, com base na Escrituração Fiscal Digital - EFD do contribuinte autuado. Infração subsistente. 3. RECOLHIMENTO A MENOS. a) ERRO NA DETERMINAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. Infração subsistente. b) ERRO NA APLICAÇÃO DE ALÍQUOTAS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. O autuado apresenta comprovação da existência no levantamento fiscal de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária sendo reconhecia pelo autuante que procedeu às exclusões correspondentes, reduzindo o valor do débito. Infração parcialmente subsistente. Não acolhida a nulidade argüida. Indeferido o pedido de perícia técnica. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 18/06/2015, refere-se à exigência de R\$6.476.408,77 de ICMS, em decorrência das seguintes infrações:

Infração 01 - **01.02.05**. Utilização indevida de crédito fiscal do ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por antecipação tributária, nos meses de janeiro a dezembro de 2013. Exigido o valor de R\$206.602,43, acrescido da multa de 60%;

Infração 02 - **04.05.02**. Falta de recolhimento do imposto relativo a omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias nos exercícios fechados de 2012 e 2013, levando-se em conta, para o cálculo do imposto, o maior valor monetário - o das saídas tributáveis. Exigido o valor de R\$2.688.261,81, acrescido da multa de 100%. Demonstrativo às fls. 16 a 43;

**Infração 03 - 03.02.05.** Recolhimento a menos do ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de janeiro a dezembro de 2013, ante da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais nas aquisições de mercadorias Exigido o valor de R\$2.421.471,17, acrescido da multa de 60%. Demonstrativo às fls. 46 a 59;

Consta que “A empresa aplicou redução de base de cálculo sem previsão legal ou aplicou em percentual maior que o devido, notadamente para os produtos Notebook, Computadores, Composto Lácteo, Leite Longa Vida Fabricado fora do Estado e Leite de Soja.”.

**Infração 04 - 03.02.02.** Recolhimento a menos o ICMS em razão da aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, no período de janeiro a dezembro de 2013. Exigido o valor de R\$1.160.073,36, acrescido da multa de 60%. Demonstrativo às fls. 72 a 75.

O autuado, por meio de advogado com procuração às fls. 140 a 141, apresenta impugnação, fls. 104 a 136, depois de frisar sua tempestividade e reproduzir o teor dos itens da autuação, articula os argumentos, em essência, resumidos a seguir.

Observa que segundo o art. 2º do RPAF-BA/99, “na instauração, preparo, instrução, tramitação e decisão do processo administrativo e dos procedimentos administrativos não contenciosos, atender-se-á aos princípios da oficialidade, da legalidade objetiva, da verdade material, do informalismo e da garantia de ampla defesa, sem prejuízo de outros princípios de direito.”

Destaca que um dos requisitos para liquidez do Auto de Infração é a apresentação de todos os dados tendentes à comprovação do valor exigido, através da apresentação minuciosa da descrição da infração e dos documentos que a comprove, afrontando, desta forma, os princípios da motivação, legalidade, segurança jurídica e verdade material, impedindo, assim, o exercício pleno do contraditório e da ampla defesa, tudo em total afronta ao art. 39, inciso VI, do RPAF-BA/99.

Observa que o Autuante, no corpo do auto de infração, discorre que a comprovação da exigência tem por base um demonstrativo fiscal, no qual apresenta o número da nota fiscal, o produto e seus respectivos valores, dentre outros dados e que embora mencione, não apresentou os documentos fiscais mencionados em seu demonstrativo.

Sustenta que se o Fisco não apresentou as notas fiscais analisadas para a conclusão da infração, bem como o inventário (estoque) este não logrou por comprovar a sua constatação, bem como os dados dispostos na planilha apresentada.

Afirma que a planilha apresentada, mesmo que elaborada com dados do contribuinte, não é suficiente para ser utilizada como prova da infração. Diz que ausente à documentação fiscal mencionada no Auto de Infração fica prejudicada a verificação dos valores apresentados pela fiscalização, ou seja, a materialidade dos valores exigidos, situação que macula o crédito tributário exigido de iliquidez e incerteza, cerceando, por sua vez, o direito de defesa e o devido processo legal.

Menciona que o §1º do art. 39 do RPAF-BA/99, só excepciona as exigências meramente formais. E que no caso em apreço, o lançamento incorre em nulidade por ausência de prova da infração em relação aos elementos determinantes da base material tributável, uma vez que a ausência dos documentos fiscais mencionados pelo Autuante não é passível de convalidação, simplesmente porque não supríveis ou presumíveis. Cita nesse sentido exemplo de julgados do Tribunal Administrativo Tributário do Estado de Pernambuco - TATE.

Diz que nessa diretriz, o já se pronunciou, em caso análogo, no sentido de que apresentação dos documentos (planilha, escrita fiscal) em mídia digital, não dispensa a fiscalização de entregá-los também em via impressa, evitando-se, desta forma, quaisquer erros e equívocos nos valores

apresentados, o que não foi observado pelo Autuante, posto que não apresentou as planilhas impressas em sua totalidade.

Afirma que forma como foi apresentado o crédito tributário não é suficiente à caracterização do valor exigido e, conseqüentemente, não fornece segurança ao Auto de Infração. Diz ser necessário que o Autuante, no mínimo, apresentar os documentos que lhe deu respaldo.

Lembra que, o teor do art. 142 do CTN, segundo o qual a Autoridade competente para lançar é obrigada a discriminar clara e precisamente: os fatos geradores, a matéria tributável, calcular o imposto devido e os períodos cobrados.

Diz restar claro na norma que o Auto de Infração, para ser válido, tem que ser claro, límpido, de modo tanto a provar o fato gerador, como correta e claramente tipificá-lo e que qualquer ambigüidade o invalida, por desprezar o direito ao contraditório e à ampla defesa constitucionalmente assegurado.

Destaca que no mesmo sentido está o art. 18, incisos II, IV, alínea “a” do RPAF-BA/99, que dispõe que são nulos os atos proferidos com preterição do direito de defesa e que desobedeçam a dispositivos expressos em lei, o que, pelo visto, é exatamente o caso presente.

Assevera ser este o entendimento do Conselho da Fazenda Estadual da Bahia (CONSEF). Logo, impõe-se a declaração de nulidade do Auto de Infração primeiro, porque desobedeceu a dispositivos expressos em lei; e, segundo, porque essa insegurança repercute em seu amplo direito de defesa.

Salienta não se tratar de meras incorreções ou omissões formais. Trata-se de omissão quanto aos requisitos de validade do lançamento e que invalida o trabalho fiscal, porque retira da Impugnante o seu direito de defesa.

Diz que por tais razões, está evidente a nulidade do procedimento administrativo fiscal, efetivado através do presente Auto de Infração.

Ao tratar do mérito diz que em relação à infração 01, frisa que insurge o Fisco com a acusação de que a Impugnante teria utilizado, indevidamente, crédito fiscal de ICMS, decorrente de aquisição de produto sujeito a substituição tributária, cujo imposto foi recolhido antecipadamente no período de janeiro a dezembro de 2013.

Diz que apesar da alegação fiscal, a acusação não procede.

Com relação ao produto mistura para bolo:

Observa que segundo a Fiscalização teria se creditado do ICMS-ST decorrente da aquisição dos produtos BOLO CAN BAUNI 70g, BOLO CHOCOLATISSIMO BROWN 450g, BOLO CHOCOLATISSIMO CREMOS 450gr, BOLO CHOCOLATISSIMO SUICO 450g, BOLO DE CANECA BRIGADEIRO 70g, BOLO DE CANECA CHOCOLATE 70g, BOLO DE CANECA COCO 70g, BOLO DE CANECA FORMIGUEIRO 70g, BOLO DE CANECA LARANJA 70g, BOLO DE CANECA MILHO 70g, BOLO DE CANECA PANETTONE C/CHO 70g, BOLO DUO PAIXAO BAUN 480g OETKER, BOLO DUO PAIXAO CHOC 530g OETKER, BOLO MICROONDAS CHOC 310g, BOLO MICROONDAS LIMÃO 290g e BOLO ROLO S.EXP GOIABA BAMBURI.

Frise que os mencionados produtos são misturas/massas prontas para bolo e produto decorrente da mistura de farinha de trigo, não sujeitos ao regime de pagamento antecipado do imposto e, por sua vez, não sujeitos a vedação ao crédito fiscal. É o que preceitua o item 26 do Anexo I do RICMS-BA/12.

“Item 16 - Mistura de farinha de trigo - 1901.2 (não se aplica a ST p/ mistura para bolo)”

Revela que os produtos são massas para bolo e não farinha de trigo propriamente dita, já que esta perde a sua identidade.

Destaca que o Protocolo ICMS 46/00 no Parágrafo único da Cláusula primeira determina que só estão sujeitas ao regime de substituição tributária as misturas de farinha cuja a composição final possua mais de 80% de farinha de trigo. O que, por certo, exclui do referido regime as misturas para bolo. Sendo esta a razão que levou o legislador a, antecipando o trabalho de análise fiscal, excluir do regime de substituição tributária as misturas para bolo, nos termos supracitados.

Nesse contexto, afirma que não estando sujeito à substituição tributária, improcede a exigência fiscal, diante da legitimidade do crédito fiscal utilizado pela Impugnante.

Com relação ao produto Colchas de Cama:

Exige o Fisco ICMS-ST sobre colcha de cama (COLCH QU MICROF MAINSTAYS e COLCH SLT MICROF MAINSTAYS).

Declara que as mercadorias não estão incluídas no Anexo I, do RICMS-BA/2012 como sujeitas à substituição tributária, o que significa dizer que legítimo é o crédito fiscal decorrente de sua aquisição. Assinala que, mesmo que estivesse sujeito a substituição tributária, o crédito fiscal não seria indevido, posto que a saída foi tributada normalmente, fato que não gera qualquer prejuízo para o Estado.

Com relação aos produtos Danoninho para Beber 900g e Danoninho P Beber Banana Maçã 900g:

Aduz que embora os mencionados produtos sejam classificados como iogurte, sujeito a substituição tributária, o que vedaria a utilização do crédito fiscal, esclarece que em nenhum momento houve prejuízo para o Erário Estado. Observa que quando da saída dos produtos houve o destaque do ICMS (doc. 03), o que significa dizer que mesmo que tenha utilizado o crédito na entrada, houve débito na sua venda, neutralizando qualquer repercussão na arrecadação estadual.

Aponta a inclusão de outros produtos tributados normalmente mencionando que segundo a autuação os produtos, castanha e pistache estariam submetidos à substituição tributária e, como consequência, sua aquisição não geraria crédito.

Menciona que da mesma forma que o item anterior à castanha (Cast Caju Caramelizada Cajulin 200g, Cast Caju Salgada Granel kg, Cast Caju Torrada Salg Cajulin 100g, Cast Mix Inspire, Cast Royale Lata 100g e Cast Royale Sache 50g) e o Pistache (BP Pistache 120g) não estão enquadrados como sujeito ao regime de substituição tributária pela legislação estadual, especialmente pelo RICMS-BA/2012. Razão pela qual, são debitadas nas saídas, gerando crédito fiscal para a Impugnante, não prosperando, portanto, a acusação fiscal. (doc. 04)

Destaca que a castanha de caju só será isenta quando a saída interna for realizada por produtores rurais, suas associações ou cooperativas, o que não se aplica à Impugnante, conforme consignado no art. 265, inciso II, alínea “F”, do RICMS-BA/2012, cujo teor transcreve.

Nesse contexto, diz não haver legitimidade do crédito fiscal utilizado quando da aquisição das referidas mercadorias. Diante desse contexto, observa-se a im procedência da exigência contida na Infração 01.

No que diz respeito à da Infração 02, segundo a qual a fiscalização afirma ter havido “falta de recolhimento do imposto relativo à omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado, levando-se em conta, para o cálculo do imposto, o maior valor monetário – o das saídas tributáveis.”, frisa que o lançamento fiscal incorre em equívoco.

Observa que o primeiro deles consiste no fato de que o Autuante considera entradas em duplicidade do mesmo produto e não considera a sua saída. Isso porque, deixou de observar que não houve circulação de mercadoria, mas operação ficta, em cumprimento ao Decreto nº 7.663/2011.

Lembra que o Dec. nº 7.663/2011, em virtude da redução do IPI para a linha branca (eletrodomésticos - Dec. nº 6.825/2009), determinou que aqueles comerciantes que possuísssem estoques dos produtos atingidos pelo benefício fiscal, poderiam efetuar devolução ficta dessas mercadorias ao respectivo fabricante. E este, posteriormente, promovesse uma nova saída, também ficta, para a mesma pessoa jurídica que a devolveu, sendo que nesta nova nota fiscal já constaria a alíquota vigente no momento de sua emissão.

Explica que emitiu Nota Fiscal de “Devolução IPI Linha Branca” (saída simbólica), e por sua vez, o industrial emitiu Nota Fiscal com a nova alíquota do IPI (entrada).

Observa que o principal equívoco do Autuante foi considerar, no levantamento do estoque, que ocorreram novas entradas de mercadorias, quando em verdade essas notas fiscais emitidas pelo Fornecedor destinaram, exclusivamente, ao refaturamento das mercadorias em razão da alteração da alíquota do IPI. Bem como, em não considerar a saída simbólica dos mesmos produtos. Acrescenta que se não houve entrada, porque se trata de simples refaturamento (doc. 05) e se não houve saída sem nota do mesmo produto (NF mencionada nas informações complementares dos documentos anexados), não poderá existir omissão de saída.

Diz que a fiscalização, quando da realização do levantamento analítico de estoque, considerou as notas fiscais emitidas simbolicamente pelo Fornecedor, considerando como entrada uma operação ficta e, por sua vez, não considerando a saída da mesma, concluindo pela existência de saída de mercadoria sem nota fiscal.

Afirma que os produtos não deveriam constar no lançamento fiscal, pois são operações fictas e que foram realizadas apenas para cumprir as exigências da legislação que concedia redução da alíquota do IPI. Observa que nessa diretriz, o CONSEF em julgado de caso semelhante, indicou que o Fisco refez o lançamento fiscal para excluir os produtos da linha branca (doc. 06). (CONSEF, Auto de Infração nº 207494.0001/13-0, Acórdão JJF nº 0251-02/13, julgado em 12/11/2013), no mesmo compasso, o Tribunal Administrativo Tributário do Estado de Pernambuco (TATE) vem se posicionando no sentido de que é improcedente o lançamento fiscal diante de erro na apuração de movimentação de mercadoria. “AI SF 005.00848/00-9. TATE 00.456/01-2.

Declara que ao lavrar o Auto de Infração, sem comprovar a efetiva ocorrência do fato gerador da exação, qual seja, a saída de mercadoria sem emissão de nota fiscal, o mesmo não pode prosperar. Sem a tipificação cabal dos fatos (efetiva operação de circulação de mercadorias) à hipótese de incidência, não há que se falar em incidência, sob pena de mácula do princípio da tipicidade tributária.

Diz que do expendido revela-se de todo frágil a conclusão extraída pelo Fisco em seu auto de infração. Assim, infere-se que a exigência do ICMS está totalmente improcedente, tanto pelo equívoco no lançamento fiscal quanto no fato de que não houve a efetivação da omissão de saída.

Assinala que não se pode perder de mira que ao Fisco incumbe privativamente a realização do procedimento administrativo de lançamento, e que este esteja devidamente fundamentado e comprovado, a teor do que dispõe o art. 142, do CTN, sendo completamente desarrazoado exigir-se que o contribuinte faça prova de recolheu o ICMS quando o lançamento está recheado de equívoco.

Por toda a razão exposta, diz ser nítida a total improcedência do lançamento fiscal.

Aponta como outro equívoco do lançamento a Perda/quebra de estoque não considerada no levantamento.

Diz ser uma constante na vida das empresas é a quantidade de mercadorias que são perdidas em face da comercialização normal. Sustenta ser notório que qualquer comerciante no exercício de sua atividade apresenta perdas, muitas delas inerentes a própria atividade e outras tantas excepcionais. E que tanto é verdade que ABRAS - Associação Brasileira de Supermercados

emitiu laudo afirmando a existência de perdas normais no exercício da atividade de supermercados (doc. 07).

Afirma que o Autuante deixou de considerar a baixa de estoque, em decorrência das perdas normais ocorridas do processo de comercialização e armazenagem dos produtos, não havendo que se falar em omissão de saída, em especial porque não houve operação de circulação jurídica de mercadoria. Explica que o equívoco fiscal consiste em considerar que a diferença do estoque consiste em saídas das mercadorias, que deve ser tributada, quando, na verdade, sobre elas não incidiria qualquer imposto, em decorrência de perdas normais que lhe acometeram.

Afirma que não se pode confundir saídas de mercadorias sem tributação com perdas, ainda que anormais. Destaca que se anormal, sobre a perda deve ser exigido o estorno do crédito fiscal, e jamais exigir o pagamento do ICMS. Razão pela qual não assiste razão ao Fisco em exigir imposto, ou, ainda, o estorno do crédito.

Declara ser notória a existência de perdas num processo de comercialização e, conforme preceitua o art. 334, inciso I, do CPC, “não dependem de prova os fatos notórios”. Assevera que se não carece de prova a existência de perdas, caberia ao Fisco provar que as perdas são anormais ou mesmo que não são perdas, e não, simplesmente desconsiderar sua existência, inverter o ônus da prova e concluir que, ao contrário de perdas, ocorreram saídas de mercadorias sem a devida tributação.

Observa que ao inverter, desconsiderando as baixas de estoque inerentes à comercialização do produto, distorce a verdade material relativa a sua atividade comercial varejista. Afirma que nesse fato que torna a infração ilíquida e incerta, devendo o mesmo ser julgada totalmente improcedente.

Registra que está evidente a improcedência da infração, porquanto não considera as baixas de estoque, derivada das perdas e quebras, inerentes à atividade empresarial, o que significa dizer que, além do Fisco recusar a verdade material e notória, viola a legislação vigente, para manter um lançamento ilíquido e incerto.

Pontua que não se pode confundir saídas de mercadorias sem tributação com perdas, ainda que anormais. Reafirma que no presente caso, trata-se de perdas normais de mercadorias decorrentes da sua comercialização e armazenagem, seja por deterioração, danificação, perda de validade, etc.

Diz não assistir razão ao Fisco em tributar saídas que de fato não existiram.

No tocante à infração 03 afirma que lhe é imputado a aplicação redução de base de cálculo sem previsão legal ou aplicação em percentual do que o devido, notadamente para os produtos, Notebook, Computadores, Composto Lácteo, Leite Longa Vida fabricado fora do estado e Leite de Soja”, no período de janeiro a dezembro de 2013.

No tocante ao Produto leite longa vida, afirma que segundo a acusação fiscal, a Impugnante 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%.

Assevera que a justificativa fiscal para a autuação está no fato de que a legislação estadual, inciso XXIX, do art. 268, do RICMS-BA/2012, só permite a redução da base de cálculo para o Leite Longa Vida produzido no Estado.

Declara que 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, inciso V, e art. 152, da Carta Magna.

Esclarece que diante do art. 1º, da CF/88 de que “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos...”, bem se vê que o Constituinte estabeleceu

um elo de cooperação entre os Estados, para evitar competições predatórias, indiscriminadas e danosas entre os Entes pertencentes à mesma Federação, que implicassem em crescimento de um Estado em detrimento de outros, prática essa repelida pela Carta Magna.

Afirma que por atropelar o pacto federativo, é ilícita 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.

Diz ser esse preceito confirmado pelo art. 150, inciso V, da Carta Magna, que veda à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios “estabelecer limitações de tráfego de pessoas ou bens, por meio de tributos interestaduais ou intermunicipais, ressalvada a cobrança de pedágio pela utilização de vias conservadas pelo Poder Público.” Comentando esse dispositivo, o Prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho leciona que:

Observa que, pelo art. 152, da CF/88 “É vedado aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios estabelecer diferença tributária entre bens e serviços, de qualquer natureza, em razão de sua procedência ou destino”, sobre o qual, leciona o Prof. Pinto Ferreira, que “torna inviável a discriminação entre contribuintes, pela prestação de serviços ou fornecimento do bem, de qualquer natureza, em razão de sua procedência ou destino. Tal proibição destina-se a impedir que os interesses regionais, estaduais ou locais prejudiquem o interesse nacional por meio de um tributo pesado e oneroso.” (in A Constituição na Visão dos Tribunais, Ed. Saraiva, vol. II, p. 1049).

Afirma que, o princípio da isonomia consagrado no art. 5º e 150, inciso 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.

Revela que 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, incisos II e V e art. 152, todos da CF/88, não há como ser mantida a autuação, devendo ser reformada a decisão recorrida.

Sustenta 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.

Assinala que a sistemática concebida pelo Estado, além de criar mercado fechado, com medida protecionista e montagem de barreira tributária, interfere, de forma desleal, no comércio de leite, impossibilitando o ingresso dos produtos de outros Estados, em face da carga tributária de 17% de ICMS, enquanto o produtor local tem sua taxaço reduzida a 7%.

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

Aduz situação posta pelo Estado já foi objeto de análise do Poder Judiciário que, recentemente, em um caso idêntico ao presente, o MM Juiz da 2ª Vara da Fazenda Pública de Salvador, em 25/08/2014, julgou procedente a Ação Anulatória nº 0375591-23.2013.8.05.0001, promovida pelo Wal Mart Brasil Ltda., empresa do mesmo grupo empresarial da Impugnante, contra o Estado que exigia o recolhimento a menor de ICMS em razão de suposto erro na aplicação de alíquota cabível nas saídas de leite longa vida.

Observa que no mesmo sentido também já se posicionou o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo: TJ-SP, Apelação / Reexame Necessário: 06023402520088260053, 10ª Câmara de Direito

Público, julgado em 05/08/2013, publicado em 09/08/2013. Acrescenta frisando que a questão também já foi decidida pelo Superior Tribunal Federal, ou seja, pela inconstitucionalidade do tratamento diferenciado para as operações internas e interestaduais para o mesmo produto. STF, ADI 3389 MC, Relator: Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, julgado em 29/03/2006.

Informa que se denota a desobediência a hierarquia das normas legais vigentes e aos princípios basilares do direito, e, caso a demanda ultrapasse a esfera administrativa, o Estado será agravado com a sucumbência.

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

Diz ser esse é o presente caso, pois, o legislador estadual visa, única e exclusivamente, a arrecadação. Agindo dessa forma, corre o risco de ultrajar o critério hierárquico das normas, gerando conflitos (norma estadual x norma nacional) a serem sanados pelo poder judiciário.

Assevera 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 Dec. nº 7.826/2000 e o RICMS-BA/97, que reduziu a base de cálculo para a saída de leite produzido no Estado de forma que a carga tributária corresponda a 7%.

Observa que os diplomas citados são incompatíveis entre si (antinomia). Tanto o são que o Poder Judiciário já se posicionou a favor da impossibilidade de tratamento diferenciado para o mesmo produto, conforme decisões acima transcritas.

Lembra que a antinomia, segundo o renomado jurista Norberto Bobbio, é a “situação na qual são colocadas em existência duas normas, das quais uma obriga e outra proíbe, ou uma obriga e outra permite, ou uma proíbe e a outra permite o mesmo comportamento.” E acrescenta que “as duas normas devem pertencer ao mesmo ordenamento e devem ter o mesmo âmbito de validade.”

Diz ser esse é exatamente o caso em questão, pois enquanto a Constituição permite uma tributação isonômica para operações internas e interestaduais, o Decreto Estadual proíbe, ficando restrito apenas as operações internas.

Observa 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. Ou seja, tanto a norma estadual quanto a nacional fazem parte de um todo. E 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.

Explica que, em uma situação de conflito de normas a prevalência de uma delas não significa a exclusão da outra. Sugere que *in casu*, a solução seria utilizar o critério hierárquico, o que significa dizer que a Constituição Federal deva prevalecer sobre a Legislação Estadual. Deve-se, portanto, aplicar a norma local conforme a constituição, sem a necessidade de declará-la inconstitucional.

Ressalta que agindo dessa forma, evitar-se-á a onerosidade tanto para o contribuinte, que não terá que arcar com as despesas de um processo judicial, como, e principalmente, para o Estado que não será condenado em sucumbência.

Diz 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, incisos II e V, art. 155, inciso II, § 2º, inciso XII, alínea “g”, e art.152, todos da Carta da República, dispositivos hierarquicamente superiores à legislação estadual.

Afirma que o benefício concedido ao Leite Longa Vida produzido neste Estado deve se estender também aos demais Estados, atribuindo-se tratamento igualitário aos produtos beneficiados independentemente da procedência.



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

Em relação à infração 04, assevera que dentre os inúmeros produtos listados pela fiscalização, observa-se que há produtos que estão sujeitos a substituição tributária, fato que foi desconsiderado pelo Autuante. São eles:

1) CASE NOTEBOOK ADATA TW1204 e MOCHILA: estão inseridos na descrição do Anexo I, item 27.5, do RICMS/2012, que compreende “maletas e pastas para documentos e de estudante, e artefatos semelhantes.”

Afirma que os produtos mencionados enquadram-se como sendo “artefatos semelhantes”, diante da identidade com os demais itens descritos no tópico 27.5, do Anexo I, conforme já foi definido pela Secretaria da Fazenda através do Parecer nº 10240/2010.

2) FRALDA: enquadrado no Anexo I, item 32.2, do RICMS/2012.

3) DIS BABY MORD AG1071 SORT e BOLA DE PRAIA ESTAMP: referidos produtos por estarem classificados no NCM 95030099, são considerados brinquedos. Razão pela qual, estão sujeitos a substituição tributária nos termos do item 7, do Anexo I do RICMS-BA/2012.

Arremata assinalando que, conforme se depreende a infração foi lavrada carece de legalidade, devendo a mesma ser julgada improcedente.

Menciona 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% - Infrações 01, 03 e 04 e 100% - Infração 02 sobre o valor principal.

Assevera 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.

Sustenta ser cediço que penalidades de tal jaez dependem da demonstração, a cargo do Fisco, do flagrante intuito de fraude, completamente inexistente no caso em tela, em que, reitere-se, discute-se a possibilidade de gozo de benefício fiscal legalmente instituído e em vigor.

Declara que, longe de haver fraude ou dolo do contribuinte, seu procedimento - perpetrado com amparo na mais lúdima boa-fé - foi completamente amparado pela legislação de regência atual e vigente, de sorte que, não se podendo exigir comportamento contrário, não pode ser penalizado por ter agido em estrito cumprimento do dever legal de seguir os regramentos de regência.

Revela que em casos como tais, os pretórios administrativos entendem pelo afastamento da multa, ou sua desqualificação, reduzindo seu montante. Cita a título de exemplo, reproduz aresto proferido pelo CARF: CSRF. Recurso nº 155.351. Acórdão nº 9101-00.5496. Sessão de 11 de janeiro de 2010.

Observa que inexistindo o elemento subjetivo do tipo infracional, afasta-se a possibilidade de aplicação da multa, ou impõe-se sua exclusão, ou, quando menos, sua redução.

Afirma que as multas aplicadas violam frontalmente o princípio da proporcionalidade e o princípio constitucional limitador do Poder de Tributar, qual seja, o do não-confisco, consagrado no art. 150, inciso IV, da CF/88. Prossegue firmando que, por meio de tal dispositivo, a Constituição veda a utilização do tributo com efeito confiscatório, ou seja, a excessiva onerosidade da atividade fiscal do Estado, a ponto de confiscar-se a propriedade dos contribuintes.

Observa que sobre a aplicação de tal princípio às multas fiscais, Ricardo Corrêa Dalla, em sua obra “Multas Tributárias”, dispõe que “os critérios para a fixação das multas tributárias devem obedecer aos padrões do princípio da razoabilidade, isto é, devem levar em conta também se a situação ocorrida foi agravada com dolo ou culpa”.

Registra que a aplicação do princípio constitucional em comento às multas tributárias, há muito defendido pela doutrina, também já foi objeto de pacificação pela jurisprudência da Corte Excelsa, que em vários julgados, muitos deles proferidos em sede de controle concentrado de constitucionalidade (em face de legislações estaduais que consagravam multas em patamares similares aos ora discutidos), assentou entendimento de que a multa fiscal deve observar a razoabilidade/proporcionalidade, sendo limitada, pelo princípio da vedação de confisco. Reproduzindo ementas de diversos julgados do STF sobre o tema.

Remata para concretizar tal entendimento, citando que o Min. Xavier de Albuquerque, quando do julgamento do RE nº 81.550/MG, reduziu multa imposta no patamar de 100% (inferior à maioria das aplicadas na autuação discutida neste feito) para 30%.

Sustenta que não poderia ser diferente, vez que multas aplicadas de modo desproporcional servem única e exclusivamente como medida usurpadora do patrimônio do contribuinte, e não como medida educadora.

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%.

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

Afirma que assim também entende os Tribunais Superiores citando os julgados: STF, RE nº. 90.143, Rel. Min. Soares Munoz, DJ de 16/03/79, p. 1825; e (STJ, RESP nº. 38.997-SP, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, DJ de 17/04/1995, p. 9.561.

Declara que, pelo desenvolvimento dos argumentos, evidencia-se a certeza da Impugnante em ver desconstituído o Auto de Infração, em função da improcedência da Autuação.

Requer que, em caso de dúvida se interprete a norma jurídica da forma que lhe seja mais favorável, conforme previsão do art. 112 do CTN.

Protesta pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, em especial a juntada aos autos de documentos, bem como a realização de perícia técnica a fim de demonstrar a inexistência das irregularidades apontadas em seu desfavor.

Conclui requerendo o reconhecimento e declaração/decretação da nulidade e/ou improcedência do crédito tributário exigido no auto de infração, diante da impropriedade da exigência fiscal. Ou, 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.

Os autuantes prestam informação fiscal, fls. 435 a 441, informando preliminarmente que no dia 01/09/2015, conforme consta à fl. 425, foi efetuado pagamento parcial do presente Auto de Infração, no valor de R\$1.808.865,23, mas não resta esclarecido a quais infrações se referem este pagamento, além de ainda constar no SIGAT o débito original de cada infração.

Observam que em caráter preliminar suscita a empresa a nulidade do presente lançamento por preterição do direito de defesa, bem como supõe que os lançamentos estão sem a devida comprovação.

Asseveram não procede esta afirmação, pois cada Infração possui seus relatórios próprios, detalhados, fls. 08 a 88, todos recebidos pela autuada em cópias, bem como a integralidade deles em meio magnético, conforme DVD recebido, e constante da fl. 94. Neste sentido nada macula o lançamento em questão, não sendo passível da nulidade pretendida.

Frisam que o autuado questiona que somente foram apresentadas as listagens de notas fiscais, sem apresentar os devidos documentos, mas sem apresentar nenhuma suspeita de que os dados constantes das citadas listagens não condizem com o descrito no documento, num claro propósito de apenas lançar suspeita sobre os dados apresentados. Afirmam que ainda assim, não

procede a afirmação do contribuinte, pois foram, sim, apresentados documentos fiscais, por amostragem, conforme pode se verificar das fls. 60 a 89, por exemplo.

Quanto à Infração 01, que trata da Utilização Indevida de Crédito de ICMS de mercadorias sujeitas ao pagamento do imposto por Substituição Tributária por antecipação, afirmam que a empresa alega que alguns produtos não são da Substituição Tributária, sendo assim permitido o crédito.

Em relação aos produtos Mistura para Bolo e Colcha de Cama, questionados pela empresa à fl. 112 admitem o lapso, por efetivamente não fazer parte da Substituição Tributária. Observam que as descrições cadastradas para estes produtos levaram a confundir com os itens Bolo e Colchão, estes sim efetivamente enquadrados na Substituição Tributária.

Informam que elaboraram novos demonstrativos, retirando estes produtos, reduzindo o valor total desta Infração 01 de R\$206.602,43 para R\$189.045,96, e que os anexaram às fls 426 a 428, bem como os inseriram em novo CD à fl. 433 juntamente com os relatórios discriminados por nota fiscal.

Em relação à Castanha de Caju citam que a empresa sustenta que este produto não faz parte da Substituição Tributária. Afirmam, que informação não procede haja vista que a empresa confundiu a Castanha de Caju em estado natural, não industrializada, que possui isenção do ICMS nas saídas internas realizadas por produtores rurais, suas associações e cooperativas, conforme artigo 265 do RICMS/2012, transcrito pela própria empresa à fl. 115, com a Castanha de Caju industrializada, salgada, que é o que ora está sendo objeto da autuação, com NCM 2008.1900, conforme pode se verificar dos DANFES de diferentes fornecedores anexos às fls. 429 a 431. E esta última faz parte da Substituição Tributária, pois neste caso entra no rol dos Salgados Industrializados que compõem o item 38 do Anexo I do RICMS-BA/12.

Em relação à Infração 02, Levantamento quantitativo de Estoques - Omissão de Saídas, ressaltam que a empresa alega que não foram consideradas as devoluções dos produtos “linha branca”, mas dentre os relatórios componentes desta Infração existe um denominado “Infração 02\_Auditoria de Estoques\_Relação de CFOP\_2012” e “Infração 02\_Auditoria de Estoques\_Relação de CFOP\_2013” onde se relacionam todos os CFOPs considerados e os não considerados na Auditoria de Estoques, e percebe-se claramente que consta dentre os utilizados os referentes às devoluções, quais sejam, 5202 - Dev. de compra para comerc. e 6202 - Dev. de compra para comerc. Portanto, nenhum impacto houve na auditoria de estoques a realização das devoluções simbólicas referidas pela empresa, por conta da redução do IPI da “linha branca”, pois foram registradas normalmente, bem como as entradas fictas mencionadas, anulando qualquer possibilidade de diferença por este motivo. Destaque-se que a empresa também recebeu cópia deste dito demonstrativo, o que pode ser verificado das fls. 28 e 29, bem como dos relatórios do DVD anexo, que também foi recebido pela impugnante.

Revela que o autuado, ainda em referência à Auditoria de Estoques, ponderam a questão das perdas e quebras de estoque.

Mencionam que a defesa aduz que não foram levadas em consideração as possíveis “perdas normais no processo de armazenagem, expedição e distribuição do estabelecimento autuado.

Enfatizam a notoriedade da existência de perdas e quebras num processo de industrialização e comercialização e que caberia ao autuante considerar as baixas de estoque.

Observam que da análise dos argumentos apresentados pela autuada, verifica-se que, realmente, é notório que os fatores citados como quebras, deterioração, perecimento, dentre outros, de produtos, são fatos relevantes dentro de qualquer estabelecimento, seja ele industrial ou comercial. Dizem revestir-se, também, de evidente notoriedade que esses mesmos fatos relevantes devem estar efetivamente registrados na escrita oficial do contribuinte. Prossegue assinalando que a legislação do ICMS/BA, ao tratar especificamente do assunto, regulamenta

como deve o contribuinte proceder, obrigatoriamente, quando esses eventos acontecerem. O art. 312, inciso IV, do RICMS-BA/12, disciplina esta questão, cujo teor transcreve.

Pontuam que o mesmo regulamento prossegue determinando no art. 312 em seu §2º a forma pela qual o contribuinte deve estornar o crédito fiscal das mercadorias mencionadas no inciso IV:

Dizem que analisando os dispositivos legais supracitados, verifica-se que, no caso dos eventos ali mencionados, deve a empresa emitir documento fiscal com o fito de dar baixa no estoque relativo às mercadorias envolvidas nos eventos e estornar ou anular o crédito fiscal correspondente. É compulsório, portanto, a emissão de documento fiscal. Para este fim, existe um CFOP que é o de número 5.927 -“Lançamento efetuado a título de baixa de estoque decorrente de perda, roubo ou deterioração”.

Pontuam que o autuado não percebeu que este CFOP foi devidamente considerado no Levantamento Quantitativo de Estoques, tanto que pode ser verificado nos já citados demonstrativos “Infração 02\_Auditora de Estoques\_Relação de CFOP\_2012” e “Infração 02\_Auditoria de Estoques\_Relação de CFOP\_2013”, também de posse da Impugnante, mediante recebimento de cópia, e que pode ser plenamente verificado nas fls. 28, 29, 42 e 43, onde percebe-se o CFOP 5.927 no rol dos considerados no Levantamento Quantitativo de Estoques. Ressaltam que, não há porque se falar que a realização da presente Auditoria não levou em conta as baixas de estoque processadas pela empresa. Mencionam que, neste sentido não procedem as alegações da defesa.

Em relação à Infração 03 dizem restar evidente, portanto, que para que haja a redução da base de cálculo o produto deve ser fabricado na Bahia. Registram que, por ser norma de benefício fiscal, a norma 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.

Registram que a empresa alega que há uma limitação ao tráfego de bens, por meio de uma carga tributária majorada, o que não condiz com a realidade, pois não há majoração nenhuma na carga tributária, mas sim uma redução de base de cálculo para os produtos que tem sua industrialização realizada no Estado. Ressaltam que o benefício é estabelecido internamente, e não uma majoração dos produtos que venham de fora do Estado.

Quanto à alegação de que a Constituição não permite tal distinção, sendo assim inconstitucional tal diferenciação, mencionam que não cabe nem aos autuantes, nem ao Conselho de Fazenda a análise da constitucionalidade do lançamento tributário. Observam que o RPAF-BA/99, em seu art. 167, inciso ‘I’ faz esta restrição, cujo teor transcrevem.

Asseveram não é o caso de se falar em óbices ao tráfego de mercadorias em função de procedência ou de destino. Revelam que este tem sido o reiterado entendimento do CONSEF, como esclarece a decisão proferida no Acórdão JJF Nº 0056-05/14 da 5ª JJF, cujo fragmento transcreve.

Ressaltam que a afirmação do Autuado de que o Estado da Bahia, assim procedendo, majora a carga tributária do leite oriundo de outros Estados, não condiz com a realidade, pois não há majoração nenhuma na carga tributária, mas sim uma redução de base de cálculo para os produtos que tem sua industrialização realizada no Estado. Observam que o benefício é estabelecido internamente, e não uma majoração dos produtos que venham de fora do Estado.

Em relação à Infração 04, que lança Recolhimento a Menor do ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, desta a alegação da empresa que de que alguns produtos possuem saída não tributada por terem sua fase de tributação encerrada nas entradas, por se tratarem de mercadorias enquadradas na Substituição Tributária, a saber: Case Notebook, Mochila, Fralda e Brinquedos (Dis Baby e Bola de Praia).

Dizem assistir razão ao impugnante em relação a estes produtos, pelos motivos por ela expostos, no que refizemos os demonstrativos da presente infração, retirando os citados produtos,

anexando-os à fl. 432 e ao novo CD constante da fl. 433, onde nos quais reduziu-se o valor da infração 04 de R\$1.160.073,36, para R\$1.143.128,86.

Quanto ao pedido do autuado para que sejam reduzidas ou mesmo afastadas as multas aplicadas em virtude de achá-las abusivas, com nítido caráter confiscatório, salientam que as referidas multas estão amparadas pelo art. 42, inciso III, e pelo inciso II, alínea “d”, do mesmo art. da Lei nº 7.014/96, respectivamente.

Dizem não haver previsão legal que autorize a redução ou afastamento pleiteado e falece competência aos autuantes para se pronunciarem a respeito da ilegalidade ou inconstitucionalidade da mencionada lei. Assim, por haver norma legal em vigor e com eficácia plena não se pode atender a solicitação do autuado.

Concluem solicitando que seja o presente PAF julgado procedente, com exceção dos valores já admitidos por esta Fiscalização como indevidos nesta Informação Fiscal.

O impugnante em manifestação acerca da informação fiscal prestada pelos autuantes, fls. 446 a 459.

Frisam que no tocante à informação dos Autuantes de que “foi efetuado pagamento parcial do presente Auto de Infração, no valor de R\$1.808.865,23, mas não resta esclarecido a quais infrações se referem este pagamento, além de ainda constar no SIGAT o débito original de cada infração.”, esclarece que o pagamento parcial realizado no valor de R\$1.808.865,23, corresponde à parte do crédito tributário das Infrações 01, 03 e 04, cujo detalhamento relaciona às fls. 448 e 449 - doc. 02.

Reafirma todos seus argumentos acerca da preliminar de nulidade apresentados na defesa.

No que diz respeito à Infração 01, observa que quanto à parte não reconhecida pela Manifestante, os Autuantes, concordando com as razões apresentadas, excluiu do lançamento fiscal corresponde a R\$17.556,47, uma vez que os produtos Mistura para Bolo e Colcha de Cama não estão sujeitos a substituição tributária, sendo legítimo, portanto, o crédito fiscal utilizado.

Com relação à mercadoria, Castanha de Cajú, diz que apesar da alegação dos Autuantes que sendo industrializada, estaria sujeita a substituição tributária, vedando-se, por sua vez, o crédito fiscal, aduz que mesmo tendo razão o Autuante, a Manifestante, em sua Impugnação, demonstrou que em nenhum momento houve prejuízo para o Erário Estado. (doc. 04 da Defesa). Assinala que por ocasião da saída das mercadorias houve o destaque do ICMS, o que significa dizer que mesmo que tenha utilizado o crédito na entrada, houve débito na sua venda, neutralizando qualquer repercussão na arrecadação estadual. Declara que apresenta outros documentos fiscais de saída (doc. 03), que contempla a tributação do produto.

Salienta que o mesmo fato ocorreu para o produto Pistache, sendo este tributado na saída (doc. 03), bem como, para os produtos Danoninho para Beber 900g e Danoninho p Beber Banana Maçã 900g, conforme ficou demonstrado na Impugnação, através da apresentação de documento fiscal (doc. 03).

Afirma que nesse contexto, o CONSEF vem decidindo pela improcedência da exigência fiscal, diante da ausência de prejuízo para o Estado. “3ª Câmara de Julgamento Fiscal Acórdão CJF Nº 0065-13/12 e ACÓRDÃO JJF Nº0273-01/13

Quanto à improcedência da Infração 02, destaca que os autuantes aduzem que quando da apuração da infração, consideraram as devoluções simbólicas realizadas dos produtos da linha branca, em cumprimento ao Dec. nº 7.663/2011. Afirma que embora tenha considerado as saídas percebe-se que não considerou as entradas, também, emitidas simbolicamente pelo Fornecedor com a finalidade exclusiva de refaturamento das mercadorias em razão da alteração da alíquota do IPI (doc. 05 da Impugnação).

Menciona, ainda, o Fiscal que, embora seja notória a existência de perda/quebra de estoque, exige o registro na escrita fiscal, bem como a emissão de nota fiscal correspondente.

Revela que é o próprio Fiscal que admite a existência das perdas de estoque decorrente da atividade da Manifestante. A exigência de documento fiscal consiste apenas em uma obrigação acessória que não invalida a ocorrência das perdas. Assinala que as perdas não podem ser desconsideradas apenas com o argumento da obrigatoriedade da emissão de nota fiscal. Frisa que diante da confirmação da existência das perdas/quebras estas devem ser consideradas para o levantamento de estoque. Arremata ressaltando que agindo de forma diferente, não há como o Fisco comprovar a ocorrência de omissão de saída.

Quanto à improcedência da Infração 03 revela que a acusação fiscal, de que 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, impõe uma carga tributária majorada e diferenciada nas operações interestaduais, violando a vedação constitucional disposta no art. 150, V, e art. 152, da Carta Magna.

Diz que enganam-se s Fiscais ao afirmarem que “o benefício é estabelecido internamente, e não uma majoração dos produtos que venham de forma do Estado.” Posto que a sistemática concebida pelo Estado, além de criar mercado fechado, com medida protecionista e montagem de barreira tributária, interfere, de forma desleal, no comércio de leite, impossibilitando o ingresso dos produtos de outros Estados, em face da carga tributária de 17% de ICMS, enquanto o produtor local tem sua taxaço reduzida a 7%. Ou seja, majora-se a carga tributária do produto que vem de fora do Estado.

Cita como precedente sentença proferida em 29/09/2015 pela MM Juíza da 11ª Vara da Fazenda Pública de Salvador que, apreciando nos Embargos à Execução 0346138-46.2014.8.05.0001 e procedente a Ação Anulatória nº 0375591-23.2013.8.05.0001.

Afirma 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.

Quanto à improcedência da Infração 04, observa que, conforme comprovado dentre os inúmeros produtos listados pela fiscalização, há aqueles que estão sujeitos à substituição tributária, tais como Case Notebook Adata TW1204, Mochila, Fralda e Binquedos (Dis Baby e Bola de Praia).

Revela que os autuantes, na Informação Fiscal, discorre que “assiste razão à impugnante em relação a estes produtos”, excluindo-os do lançamento fiscal e reduzindo o crédito tributário de R\$1.160.073,36, para R\$1.143.128,86. Ou seja, redução de R\$16.944,50.

Observa que o produto BAL LUA CH FRUT 700g encontra-se no mesmo patamar dos que foram excluídos na Informação Fiscal. Assevera que está sujeito ao regime de substituição tributária, por se tratar de bala (bombom), conforme consignado no item 11 do Anexo I do RICMS/2012, cujo teor reproduz.

Destaca que no mo mesmo sentido estão os produtos File Frango Parmeg Sadia 550g e File Frango Parmegia Seara 500g, posto que enquadrados no item 35 do Anexo I do RICMS/2012, cujo NCM é 0207.14.00.

Conclui reiterando os termos da defesa inicial e, notadamente o pedido de improcedência da autuação, bem como da homologação do recolhido parcial realizado.

Em nova informação fiscal, fls. 481 a 484, os autuantes observam Inicialmente destaca o esclarecimento prestado pelo autuado, fls. 448 e 449, quanto à apropriação do pagamento parcial de R\$1.808.865,23, referente às Infrações 01, 03 e 04.

Em relação à Infração 01, a qual já teve a elaboração de novos demonstrativos constantes do CD-R constante da fl. 433, informa que o defendente traz nova alegação em relação aos produtos Castanha de Caju, Pistache e Danoninho para Beber, qual seja que, embora concorde que se trata

efetivamente de mercadoria da Substituição Tributária, não passível de crédito em suas entradas, pondera que tributou suas saídas, não causando prejuízo ao Estado.

De análise das operações da empresa em suas emissões de notas fiscais eletrônicas, incluindo as anexadas pela empresa, confirmamos que realmente a empresa tributou as saídas deste produtos, não havendo, assim, prejuízo ao Estado.

Neste sentido, geramos novo demonstrativo da Infração 01, que ora anexamos à fl. 479, excluindo os itens pleiteados pela impugnante, reduzindo o valor da Infração para R\$100.443,46, e geramos também novo CD à fl. 480, com os demonstrativos detalhados por Notas Fiscais. Enumeram os itens excluídos, fl. 482.

Em relação à Infração 02 Levantamento quantitativo de Estoques - Omissão de Saídas, apenas insiste a empresa que não foram consideradas as devoluções dos produtos "linha branca", mas como já informado na primeira Informação Fiscal, dentre os relatórios componentes desta Infração existe um denominado "Infração 02\_Auditoria de Estoques\_Relação de CFOP\_2.012" e "Infração 02\_Auditoria de Estoques\_Relação de CFOP\_2.013" onde se relacionam todos os CFOPs considerados e os não considerados na Auditoria de Estoques, e percebe-se claramente que consta dentre os utilizados os referentes às devoluções, quais sejam, 5.202 - Dev. de compra para comerc. e 6.202 - Dev. de compra para comerc. Portanto, nenhum impacto houve na auditoria de estoques a realização das devoluções simbólicas referidas pela empresa, por conta da redução do IPI da "linha branca", pois foram registradas normalmente, bem como as entradas fictas mencionadas, anulando qualquer possibilidade de diferença por este motivo. Destaque-se que a empresa também recebeu cópia deste dito demonstrativo, o que pode ser verificado das fls. 28 e 29, bem como dos relatórios do DVD anexo, que também foi recebido pela impugnante.

Ainda em referência à Auditoria de Estoques, pondera a questão das perdas e quebras de estoque. Inicialmente aduz que não foram levadas em consideração as possíveis "perdas normais no processo.

Embora já alertado na primeira informação fiscal, não percebeu a impugnante que este CFOP foi devidamente considerado no Levantamento Quantitativo de Estoques, tanto que pode ser verificado nos já citados demonstrativos "Infração 02\_Auditoria de Estoques\_Relação de CFOP\_2.012" e "Infração 02\_Auditoria de Estoques\_Relação de CFOP\_2.013", também de posse da Impugnante, mediante recebimento de cópia, e que pode ser plenamente verificado nas fls. 28, 29, 42 e 43, onde percebe-se o CFOP 5.927 no rol dos considerados no Levantamento Quantitativo de Estoques.

Portanto não há porque se falar que a realização da presente Auditoria não levou em conta as baixas de estoque processadas pela empresa. Neste sentido não procedem as alegações da impugnante.

Em relação à Infração 03, afirmam que o não traz nenhum elemento novo, apenas repetindo os argumentos da peça defensiva inicial. Neste sentido, mantemos as informações já prestadas na nossa primeira Informação Fiscal.

Em relação à Infração 04, frisam que o autuado questiona de forma inicial, à fl. 458, os produtos BAL LUA CH FRUT 700g, File Frango Parmeg Sadia 550g e File Frango Parmegia Seara 500g.

Informa que, em relação ao produto BAL LUA CH FRUT 700g, cuja alegação é de que se trata de chocolate em forma de bombom, que desta forma se trataria de produto da Substituição Tributária, sendo devida a saída sem tributação, informam que tal alegação não procede, pois da análise do DANFE do fornecedor, à fl. 476, percebe-se que se trata efetivamente de BALA, produto não sujeito à ST, além de possuir NCM 17049020, diverso dos listados no Anexo I do RICMS-BA/12, item 11.

No tocante aos Filés de Frango, questionados pela empresa na segunda manifestação, alegando que se trata de produto da Substituição Tributária, constata-se claramente na descrição destes

produtos que se tratam de Frango a Parmegiana (File Frango Parmeg Sadia 550g e File Frango Parmegia seara 500g). Explicam que, são produtos recheados, não sendo produtos resultantes do abate, mas resultantes de etapa ou etapas posteriores ao abate, possuindo Tributação Normal. Tal fato pode ser comprovado pelos DANFES dos fornecedores, às fls. 477 e 478. Neste sentido, não procedem as afirmações ora trazidas em relação à Infração 04.

Conclui asseverando que, em virtude do impugnante não ter trazido aos autos quaisquer elementos que pudessem elidir as presentes acusações fiscais, pugna pela procedência parcial do Auto de Infração de acordo com os valores já admitidos nesta e na primeira informação fiscal. Observam que consoante previsto no §8º do art. 127 do RPAF-BA/99, não há necessidade de ciência do sujeito passivo, em função de que se trata de redução de infração por conta dos argumentos e provas apresentadas pelo autuado as quais foram integralmente acatadas.

Consta às fls. 487 e 489 extrato do Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária - SIGAT, referente ao pagamento de parte do imposto apurado no presente Auto de Infração correspondente ao débito reconhecido pelo defendente.

### **VOTO**

Inicialmente constato que não deve prosperar a preliminar de nulidade suscitada pela defesa, pois não têm amparo fático ou jurídico os argumentos relativos aos pressupostos de validade do procedimento fiscal.

Articulada sob o fundamento de que a exigência fiscal tem por base um demonstrativo fiscal, no qual apresenta o número da nota fiscal, o produto e seus respectivos valores, dentre outros dados, sem, no entanto, apresentar os documentos fiscais mencionados, o autuado aduziu que ocorreria o descumprimento do inciso VI, do art. 38 do RPAF-BA/99 e que foram afrontados os princípios da motivação, legalidade, segurança jurídica e verdade material, impedindo, assim, o exercício pleno do contraditório e da ampla defesa. Ao contrário do que tenta insinuar o impugnante, constato que todos os elementos informativos, sem exceção, enumerados no aludido dispositivo regulamentar constam dos autos. Em especial, verifica-se que os demonstrativos que apuram as infrações objeto da autuação explicitam a origem dos elementos utilizados na apuração dos valores exigidos, indicando, inclusive a fonte dos dados, qual seja, a Escrituração Fiscal Digital - EFD do próprio estabelecimento autuado. Ademais, ante a desenvoltura com que refutou os pontos que se insurgiu da autuação, resta patente nos autos que o impugnante compreendeu perfeita e integralmente a acusação fiscal ao articular suas razões de defesa. Portanto, não há que se falar em apresentação de notas fiscais cuja origem decorre das operações registradas em sua escrita fiscal no período fiscalizado e, muito menos, que fica prejudicada a verificação da materialidade dos valores exigidos.

Em suma, resta evidenciado nos autos que a autuação exprime com clareza a fundamentação de fato e de direito, na medida em que descreve as infrações, lastreada na indicação dos fatos, normas e documentos, bem como em demonstrativos de apuração discriminando a apuração da exigência, assim como indica o supedâneo jurídico. Logo, inexiste na peça acusatória qualquer óbice ao pleno exercício do direito de defesa e do devido processo legal, atendido que foram os da legalidade, da equidade, da segurança jurídica e da verdade material.

Nestes termos, o PAF afigura-se revestido das formalidades legais e não se encontram os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF-BA/99, que pudessem inquiná-lo de nulidade autuação, portanto considero ultrapassada a preliminar de nulidade suscitada.

Fica também indeferido o pedido de perícia técnica formulado pelo sujeito passivo, com fulcro no art. 147, inciso II, alíneas “a” e “b”, do RPAF-BA/99, por serem desnecessários conhecimentos técnicos para o deslinde das questões, e pelo fato de os elementos acostados aos autos serem suficientes para formar convicção em relação aos itens constantes do Auto de Infração, possibilitando decidir a presente lide.



No mérito o Auto de Infração imputa ao sujeito passivo o cometimento de quatro infrações à legislação do ICMS, consoante descrição enunciada pormenorizadamente no preâmbulo do relatório.

O mérito do item 01 da autuação versa sobre a utilização indevida de crédito fiscal do ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por antecipação tributária.

O impugnante contestou sob a alegação de que não estão sujeitas ao regime de substituição tributária as operações arroladas no levantamento fiscal que apurou a exigência da infração 01 atinentes aos seguintes produtos: Mistura para Bolo, Colchas de Cama, Danoninho para Beber e Castanha de Cajú.

Os autuantes ao procederem a informação concordaram que os itens, Mistura para Bolo e Colchas de Cama e excluíram do levantamento fiscal e mantiveram os demais itens reduzindo valor da exigência para R\$189.045,96, conforme demonstrativo à fl. 426.

Em manifestação sobre a informação fiscal o impugnante reconheceu que, efetivamente os itens, Danoninho para Beber e Castanha de Cajú, estão alcançados pela substituição tributária, portanto não passível de creditamento, no entanto, pondera que as operações com estas mercadorias foram normalmente tributadas nas saídas, não causando prejuízo ao Erário, carreando aos autos cópias de notas fiscais para comprovar sua alegação.

Os autuantes informaram que da análise realizada nas operações da empresa em suas emissões de notas fiscais eletrônicas incluindo as notas fiscais acostadas aos autos, resta confirmado que realmente o defendente tributou nas saídas destes produtos não ocorrendo assim prejuízo para o Estado. Revelam que geraram novo demonstrativo, fl. 479, com a exclusão destes itens do levantamento fiscal, resultando na redução do débito para R\$100.443,46.

Depois de examinar os elementos atinentes a esse item da autuação constato que comprovadas as alegações apontas pelo impugnante e promovidas as correspondentes exclusões do levantamento fiscal pelos autuantes que refizeram o demonstrativo de débito, acolho o valor do débito remanescente da autuação consoante demonstrativo acostado à fl. 479.

Assim, concluo pela subsistência parcial da infração 01 no valor de R\$100.443,46.

Infração 02 - falta de recolhimento do imposto relativo a omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias, conforme demonstrativo às fls. 16 a 43.

O impugnante pugnou pela improcedência desse item da autuação asseverando que o levantamento quantitativo de estoques realizado pelos autuantes incorreu em dois equívocos: *i*) - nas operações com produtos da linha branca alcançadas pelo Dec. nº 7.663/2011, considerou as entradas em duplicidade do mesmo produto e não considerou a sua saída, não observando que não ocorreria circulação de mercadoria, mas operação ficta, em cumprimento à exigência do aludido decreto; e *ii*) não considerou a baixa de estoques em decorrência de perdas normais de mercadorias decorrentes de sua comercialização e armazenagem, por deterioração, danificação, perde de validade, etc.

Os autuantes mantiveram a autuação explicando que, em relação a alegação de que não foram consideradas as devoluções ficta dos produtos da “linha branca”, explicando que nos demonstrativos, “Infração 02\_Auditoria de Estoques\_Relação de CFOP\_2012” e “Infração 02\_Auditoria de Estoques\_Relação de CFOP\_2013”, onde se relacionam todos os CFOPs considerados e os não considerados na Auditoria de Estoques, se observa claramente que consta dentre os utilizados os referentes às devoluções, quais sejam, 5.202 - Dev. de compra para comerc. e 6.202 - Dev. de compra para comerc. Sustentam que nenhum impacto houve na auditoria de estoques a realização das devoluções simbólicas referidas pela empresa, por conta

da redução do IPI da “linha branca”, pois foram registradas normalmente, bem como as entradas fictas mencionadas, anulando qualquer possibilidade de diferença por este motivo. Destacaram ainda que a empresa também recebeu cópia deste dito demonstrativo, o que pode ser verificado das fls. 28 e 29, bem como dos relatórios do DVD anexo, que também foi recebido pela impugnante.

Ao compulsar as peças que compõem esse item verifico que não procede as alegações defensivas uma vez que, como observaram os autuantes em sede de informação fiscal na lista de CFOPs acostadas às fls. 42 e 43, contemplaram todas as operações que envolveram as operações com os produtos “linha branca”, não resultando, portanto, em qualquer impacto em decorrências das devoluções simbólicas e das entradas fictas.

Ademais, resta patente que, apesar de alegar terem sido consideradas no levantamento quantitativo de estoques entradas em duplicidade do mesmo produto e não considerado a sua saída, não observando que não ocorrera circulação de mercadoria, o autuado não comprovou de forma inequívoca sua assertiva, eis que não carregou aos autos, sequer por amostragem, a identificação de notas fiscais arroladas no levantamento fiscal que materializasse sua alegação.

No que diz respeito à alegação defensiva que não foram consideradas no levantamento as perdas normais ocorridas nas operações de comercialização e armazenagem, saliento que é indubitoso que na atividade do estabelecimento autuado ocorrem perdas inerentes ao manuseio, comercialização e armazenamento das mercadorias objeto da autuação, entretanto, não bastam serem plausíveis e terem efetivamente ocorrido, é imprescindível que o estabelecimento adote os procedimentos legalmente preconizados na legislação de regência para que sejam reconhecidas.

No caso de ocorrência de perdas, roubo, perecimento, extravio, sinistro ou deterioração de mercadorias há previsão específica na legislação vigente à época dos fatos geradores e o procedimento a ser adotado ante tais fatos está disciplinado no art. 312, do RICMS-BA/12, *in verbis*:

*“Art. 312. O sujeito passivo deverá efetuar o estorno do imposto de que se tiver creditado, salvo disposição em contrário, sempre que o serviço tomado ou a mercadoria entrada no estabelecimento:*

*[...]*

*IV - vier a ser objeto de furto, roubo, perecimento, desaparecimento, sinistro ou qualquer outra ocorrência similar.*

*[...]*

*§ 2º A escrituração fiscal do estorno de crédito será feita mediante emissão de documento fiscal, cuja natureza da operação será “Estorno de crédito”, explicitando-se, no corpo do referido documento, a origem do lançamento, bem como o cálculo do seu valor, consignando-se a respectiva importância no Registro de Apuração do ICMS, no último dia do mês, no quadro “Débito do Imposto - Estornos de Créditos”*

Observo que o defendente não trouxe aos autos qualquer elemento que provasse sua alegação e estivesse em consonância com os dispositivos acima transcritos, logo, também não pode ser acatado o argumento de que as diferenças apontadas seriam decorrentes de perdas, quebras ou extravios inerentes a sua atividade como grande lojista atuante na rede de varejo.

Ficou também evidenciado nos autos, consoante explicação dos autuantes em sede de informação fiscal, e não contestada pelo defendente, que as operações cujos CFOPs, fl. 42 e 43, contemplam os procedimentos adotados para o devido registro de eventuais baixas por perdas, roubo, perecimento, extravio, sinistro ou deterioração de mercadorias, foram incluídas no levantamento quantitativo de estoques.

O autuante constatou omissões de operações de entradas e saídas de mercadorias apuradas através de levantamento quantitativo de estoques, que resultaram na exigência do imposto sobre a diferença de maior expressão monetária, a das operações de saídas, conforme preconizado no art.13, inciso I, da Portaria 445/98, devendo deve ser cobrado o imposto relativo às operações de saídas omitidas, cuja base de cálculo afigura-se definida no art. 23-B da Lei 7.014/96.

Constato que o sujeito passivo foi acusado de ter cometido as irregularidades lançadas na peça acusatória, e não trouxe ao PAF elementos que motivem a revisão do imposto que foi exigido mediante o Auto de Infração em exame.

O contribuinte de posse dos demonstrativos do levantamento fiscal, não comprovou a emissão dos documentos fiscais relativos às mercadorias objeto da imputação, e que constam nos mencionados levantamentos realizados, e não apontou objetivamente, nem comprovou erros numéricos relacionados aos demonstrativos elaborados pela Fiscalização.

Em suma, como o defendente não carrou aos autos qualquer prova inequívoca de procedera ao registro em sua escrituração fiscal dessas ocorrências, conforme expressamente determina o art. 312, inciso IV, e §2º do RICMS-BA/12, não há como elidir a acusação fiscal lastreada no levantamento fiscal elaborado com base em sua EFD.

Logo, ante o expendido, e constando que o levantamento quantitativo de estoques nos exercícios fechados de 2012 e 2013 foi realizado de acordo com a orientação expressa e disciplinada pela Portaria 445/98, concluo pelo acerto da autuação e considero subsistente a infração 02.

Infração 03 - recolhimento a menos do ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, por ter aplicado redução de base de cálculo sem previsão legal ou aplicou em percentual maior que o devido, notadamente para os produtos Notebook, Computadores, Composto Lácteo, Leite Longa Vida Fabricado fora do Estado e Leite de Soja, conforme demonstrativo às fls. 46 a 59.

Em sede de defesa o impugnante apenas questionou a inclusão no levantamento fiscal do produto Leite Longa Vida. O argumento articulado para refutar esse item da autuação gravitou exclusivamente em torno da alegação de que a legislação tributária estadual viola a vedação constitucional disposta no art. 150, inciso V, e art. 152, da CF/88, atropela o pacto federativo, tornado 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.

O inciso XXIX do art. 268 do RICMS-BA/12 é taxativo ao preconizar a redução da base cálculo “*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)*”.

Ressalto a impossibilidade legal de enfrentar as alegações alinhadas pelo defendente, todas de cunho atinente a inconstitucionalidade da norma estadual posta, por faltar competência a este Órgão julgador, consoante expressa determinação do inciso I do art. 167 do RPAF-BA/99.

Assim, não acolho as razões de defesa e considero correto o lançamento em relação a esse item da autuação. Aliás, esse tem sido o entendimento prevalente sobre a matéria em reiteradas decisões deste CONSEF, a exemplo dos Acórdãos JJF nº 293-02/12 e JJF nº 56-05/14.

A infração 03 é subsistente.

Infração 04. Recolhimento a menos o ICMS em razão da aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, consoante demonstrativo às fls. 72 a 75.

O defendente aponta que os produtos, CASE NOTEBOOK ADATA TW1204, MOCHI, FRALDA, DIS BABY MORD AG1071 SORT e BOLA DE PRAIA ESTAMP, estão sujeitos a substituição tributária e se encontram com a fase de tributação encerrada, fato que foi desconsiderado pelos autuantes no levantamento fiscal.

Ao prestar informação fiscal os autuantes depois de examinar a ponderação do defendente acatou os argumentos e providenciou a exclusão do levantamento e refez o demonstrativo de apuração, anexando à fl. 432 e no CD, fl. 433, reduzindo o valor do débito para R\$1.143.128,86.

Ao se manifestar sobre a informação fiscal, fl. 458, o impugnante observou que, apesar das exclusões efetuadas pelos autuante, restaram ainda no levantamento fiscal com o mesmo equívoco os produtos BAL LUA CH FRUT 700g, FILÉ DE FRANGO PARMEG SADIA 550g e FILÉ FRANGO PARMEGIA SEARA 500g.

Os autuantes mantiveram a autuação nos termos do demonstrativo já revisado explicando que, em relação ao produto BAL LUA CH FRUT 700g alegado pelo defendente se tratar de chocolate em forma de bombom, e portanto, estaria sujeito ao regime de Substituição Tributária, sendo devida a saída sem tributação, sob o fundamento de que tal informação não procede, pois, da análise do DANFE do fornecedor, à fl. 476, percebe-se que se trata efetivamente de BALA, produto não sujeito à ST, além de possuir NCM 17049020, diverso dos listados no Anexo I, item 11, do RICMS-BA/12.

No que diz respeito aos produtos FILÉS DE FRANGO questionados pela empresa nesta segunda manifestação, alegando que se trata de produto da Substituição Tributária, constata-se claramente na descrição destes produtos que se tratam de FRANGO A PARMEGIANA (FILE FRANGO PARMEG SADIA 550g e FILE FRANGO PARMEGIA SEARA 500g), portanto, são produtos recheados, não sendo produtos resultantes do abate, mas resultantes de etapa ou etapas posteriores ao abate, possuindo Tributação Normal, conforme pode ser comprovado pelos DANFES dos fornecedores, às fls. 477 e 478.

Depois de examinar os ajustes efetuados pelos autuantes e verificar a pertinência das exclusões efetuadas, acolho o novo demonstrativo de apuração e de débito deste item da autuação.

Nestes termos, concluo pela subsistência parcial da infração 04, no valor de R\$1.143.128,86, consoante demonstrativo à fl. 432.

Em relação ao argumento do autuado de que a multa aplicada é exorbitante e confiscatória, saliento que as penalidades aplicadas no presente Auto de Infração são legalmente previstas para as irregularidades apuradas, e não se inclui na competência deste órgão julgador, a declaração de inconstitucionalidade da legislação estadual, nos termos do art. 167, inciso I, do RPAF-BA/99.

Saliento ser descabido o benefício da dúvida, concernente à pretendida aplicação da previsão estatuída no art. 112 do CTN, ante a inexistência de qualquer dúvida interpretativa da norma jurídica de regência atinentes às irregularidades apuradas nos presentes autos.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, conforme quadro abaixo, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

COMPARATIVO DE DÉBITO				
INFRAÇÃO	A. I.	Julgamento	Multa	
01	206.602,43	100.443,46	60,0%	PROC. EM PARTE
02	2.688.261,81	2.688.261,81	100,0%	PROCEDENTE
03	2.421.471,17	2.421.471,17	60,0%	PROCEDENTE
04	1.160.073,36	1.143.128,86	60,0%	PROC. EM PARTE
TOTAIS	6.476.408,77	6.353.305,30		

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 268352.0044/15-0, lavrado contra **BOMPREGO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$6.353.305,30**, acrescido das multas de 60% sobre R\$3.665.043,49 e de 100% sobre R\$2.688.261,81, previstas no art. 42, inciso VII, alínea “a”, inciso III, e inciso II, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Esta Junta de julgamento recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art.169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de julho de 2016.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA