

A.I. Nº - 2814240006/17-0
AUTUADO - BOMPREÇO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA.
AUTUANTE - CARLITO NEVES DE LACERDA JÚNIOR
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 23.10.2018

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0166-02/18

EMENTA: ICMS. 1. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. SAÍDAS DE MERCADORIAS ATRAVÉS DE ECF. **a)** Saídas de mercadorias enquadradas no regime de Substituição Tributária, com tributação normal. Infração mantida. **b)** Aplicação de alíquota reduzida nas saídas de mercadorias não contempladas no art. 268, incisos XXV e XXIX do RICMS/2012. Infração mantida. **c)** Saída de mercadorias com redução da base de cálculo prevista no Convênio 52/91, sem amparo legal. Infração mantida. Não cabe ao CONSEF a análise da constitucionalidade de norma emanada de autoridade estadual. Indeferido o pedido de diligência. Autuada não elidiu a infração. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 26/12/2017, exige crédito tributário no valor histórico de R\$246.818,84, acrescido da multa de 60%, pela constatação da infração seguir descrita.

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.

Constam também as seguintes informações: “*As operações quem compõem esta infração foram exclusivamente saídas de mercadorias através de ECF. O demonstrativo e documentos que fundamentam esta infração encontra-se no Anexo 1 deste auto de infração, cujas cópias foram entregues, mediante recibo, ao representante legal do estabelecimento em mídia tipo CD-R.*”

Período janeiro a dezembro de 2016. Enquadramento legal: artigos 17 a 21; art. 23 da Lei nº 7.014/96 e multa tipificada no art. 42, inc. II, alínea “a” da mesma Lei.

A Autuada impugna o lançamento, apenso aos autos às fls. 46 a 66, apresentando o arrazoado de defesa conforme relato a seguir.

Inicialmente registra a tempestividade da defesa, transcreve a acusação da infração 01 e declara que apesar o esforço do Fiscal Autuante e sua capacidade técnica, improcede a exigência fiscal porque o mesmo acabou por incluir no levantamento, mercadorias que foram tributadas corretamente, sem equívoco, quanto a sua base de cálculo, não havendo portanto, pagamento a menos de ICMS. Dessa forma, entende que o o auto de infração deve ser julgado improcedente.

Passando a expor os argumentos, faz referência aos produtos classificados como Cosméticos relacionados na INSTRUÇÃO NORMATIVA SAT 05/2016, transcreve o conteúdo do art. 16-A da Lei nº 7.014/96 e afirma que a citada instrução normativa estabelece os produtos sobre os quais incidirá o adicional de 2% relativo ao FUNDO ESTADUAL DE COMBATE E ERRADICAÇÃO DA POBREZA, previsto na Lei, destacando que houve alteração da redação do seu parágrafo único, inciso I, cujo conteúdo determina que “*...incidirá, também, nas operações com álcool etílico hidratado combustível (AEHC), cosméticos, isotônicos, energéticos, refrigerantes, cervejas e chopes*”, sendo que somente vigorou a partir de 10/03/16, pela vigência da Lei nº 13.461, de 10/12/15, DOE de 11/12/15.

Ressalta que somente em 16/09/2016, foi editada a INSTRUÇÃO NORMATIVA SAT nº 5, para definir quais os cosméticos teriam na tributação o adicional, já que, antes, não havia qualquer especificação que indicasse esmaltes, cremes de beleza, água oxigenada, etc., como sujeitos à tributação diferenciada.

Destarte, recorre a regra da irretroatividade das normas no Direito Tributário (art. 105 do CTN), e afirma que não estando o presente caso, dentre as exceções do art. 106 do CTN, não se pode exigir o adicional de 2% sobre os produtos autuados para períodos anteriores à publicação da IN SAT nº 05/2016, devendo ser aplicada a alíquota de 18% para os produtos como ESMALTE RISQUE NAT CL 8MLRENDA, BATOM PINK GLAMOUR, CASTING GLOSS AMEIXA 316, AGUA OXIGENADA 10VOL 100ML, VEET NATUR CARM 100.

Afirma que também é improcedente a exigência do imposto nas vendas de produtos resultantes do abate de animais (PRES EXTRA FINO 100G), na medida em que o Anexo 1 do RIMCS/BA, no item 11.27, não prevê a substituição tributária para tais itens, destacando que o produto em destaque possui a classificação NCM 0210, conforme nota fiscal em anexo (Doc. 03), portanto, não há falar em nova cobrança de ICMS para o produto.

Aduz que houve equívoco também na autuação de produtos relacionados no Convênio ICMS 51/91, internalizado pelo no RICMS/BA através do seu art. 266, I, alínea “a”, tendo em vista que o normativo concede redução da base de cálculo nas operações com equipamentos industriais, conforme CLÁUSULA PRIMEIRA, que translata e destaca que: “*Fica reduzida a base de cálculo do ICMS nas operações com máquinas, aparelhos e equipamentos industriais arrolados no Anexo I deste Convênio*”, fato que o leva a concluir que a carga tributária efetiva, nas operações internas, será de 8,80%, sendo esta exatamente a situação que ocorre no presente caso concreto

Cita e anota o art. 266, inc. I, alínea “a” do RICMS, destacando que o Autuante desconsiderou a determinação do regulamento exigindo o ICMS com alíquota de 18%.

Afirma que também improcede a acusação quanto ao cálculo do imposto a ser 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 no entendimento do Autuante, deveria ser de 17%, sob a justificativa de que RICMS/2012 só permite a redução da base de cálculo para o leite em pó produzido no Estado da Bahia, com fulcro no art. 268, inc. XXV e XXIX, do RICMS/2012. Refere-se especificamente aos itens COMP PO ZERO NINH 380 GR, LT DES NOLAC 1L, LT PO ZERO POLLY 800 G, LEITE INTEG LA SEREN 200G, e demais produtos semelhantes.

Destaca, acerca do entendimento do fisco quanto a tributação do leite em pó, composto lácteo e leite do tipo longa vida, que improcede a limitação imposta pelo Estado, por meio de uma carga tributária majorada e diferenciada nas operações interestaduais, posto que, tal procedimento viola a vedação constitucional prevista no art. 150, V, e art. 152, da Constituição Federal.

Assevera que a exigência atropela o pacto federativo, ao impor diferentes situações de tributação para o mesmo produto, desconsidera a hierarquia das normas legais vigentes assim como os princípios basilares do direito. Para sustentar o seu entendimento cita lição do Prof. Manoel Gonçalvez Ferreira Filho, acerca do dispositivo constitucional e do Prof. Pinto Ferreira, afirmado 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.*”

Lembra que o princípio da isonomia consagrado nos artigos 5º e 150, inc. II, da Constituição, também impede que se dê tratamento diferenciado entre produtos internos e de outros Estados.

Diz que o Estado da Bahia 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. Dessa forma impõe-se a desconstituição da infração.

Relata que “*A situação posta pelo Estado já foi objeto de análise do Poder Judiciário, em casos semelhantes ao presente, diferindo apenas em relação ao produto (leite longa vida). O Juiz da 2ª Vara da Fazenda Pública de Salvador, 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 do referido produto.*”

Destaca que recentemente, o Juiz da 11ª Vara da Fazenda Pública de Salvador, nos autos dos Embargos à Execução Fiscal nº. 0346138-46.2014.8.05.0001, nos quais a própria Autuada figura no polo ativo da demanda, decidiu pela impossibilidade da diferenciação de alíquota relativamente ao leite longa vida, entendimento que deve ser aplicado ao presente caso.

Afirma que o Tribunal de Justiça da Bahia vem confirmando este entendimento, conforme Acórdão, que transcreve, TJBA - Apelação nº 0375591-23.2013.8.05.0001, Quarta Câmara Cível, Relator Desembargador Emílio Salomão, publicado em 12.10.2016 que trata de tema idêntico (Doc. 05).

Faz referência aos Acórdão do TJ-SP (TJ-SP, Apelação/Reexame Necessário nº 00374807820118260114, 10ª Câmara de Direito Público, julgado em 08/09/2014, publicado em 10/09/2014); (TJ-SP, Apelação / Reexame Necessário: 06023402520088260053, 10ª Câmara de Direito Público, julgado em 05/08/2013, publicado em 09/08/2013) para destacar o posicionamento semelhante do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Afirma que a questão também já foi decidida pelo Supremo Tribunal Federal, quanto a constitucionalidade do tratamento diferenciado para as operações internas e interestaduais para o mesmo produto, citando o Acórdão (STF, ADI 3389 MC, Relator(a): Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, julgado em 29/03/2006, DJ 23-06-2006).

Aduz que o conflito se encontra 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%, haja vista, que os diplomas são incompatíveis entre si, caracterizando uma antinomia que seja “*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.*”. Entende, portanto, que 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.

Assim, como foram incorretamente aplicadas na autuação as alíquotas em tais produtos, não se pode acolher a exigência fiscal por ser totalmente improcedente.

Questiona a aplicação da multa no percentual de 60% sobre o valor do imposto reclamado afirmando que “*(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’ impossibilita a aplicação de multa em tal patamar.*”

Assevera que não houve fraude ou dolo e agiu com boa-fé e completamente amparado pela legislação de regência atual e vigente, não pode ser penalizada por ter agido em estrito cumprimento do dever legal de seguir os regramentos de regência!

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 Constituição Federal.

Assegura que o Supremo Tribunal Federal, desde 1980, já entendia pela aplicabilidade do princípio do não-confisco às multas tributárias, admitindo sua equitativa redução.

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

Exemplifica o argumento com os Acórdãos proferidos pelo STF na ADI 1075 (ADI 1075 MC, Relator(a): Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 17/06/1998, DJ 24-11-2006) e (ADI 551, Relator(a): Min. Ilmar Galvão, Tribunal Pleno, julgado em 24/10/2002).

Relata que em Acórdão de 2010, o Supremo Tribunal Federal reiterou esse entendimento, confirmado que entre 20 e 30% é o patamar razoável para a aplicação de multas tributárias, o qual, se ignorado, redundaria em violação ao princípio do não-confisco. E 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 se refere à multa fixada, ou, subsidiariamente, sua redução a patamar razoável (entre 20% e 30%).

Solicita que se considere o benefício da dúvida, previsto no art. 112, do CTN, determinando que em caso de dúvida a interpretação da norma jurídica deve favorecer ao contribuinte. Se permanecer alguma dúvida, de acordo com o citado artigo, que se aplique a interpretação mais favorável ao contribuinte, julgando improcedente o auto de infração.

Por fim, pugna pela declaração/decretação da nulidade e/ou improcedência do lançamento, diante da impropriedade da exigência fiscal, tendo em vista que as alíquotas foram corretamente aplicadas. Não sendo acolhido o pedido, que seja reduzida ou mesmo afastada a multa aplicada, em respeito ao princípio da proporcionalidade e do não confisco.

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.

O Autuante presta a informação fiscal às fls. 109 a 116 apresentando as argumentações a seguir.

Registra que efetivamente a incidência do adicional do Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza sobre as operações com cosméticos foi instituído pela Lei nº 13.461, de 10/12/15, que alterou o Art. 16-A da Lei nº 7.014/96, com efeitos a partir de 10/03/16. Com o objetivo de esclarecer a aplicação do dispositivo legal, a Superintendência de Administração Tributária publicou a Instrução Normativa de nº 05/2016, em setembro de 2016.

Esclarece que por se tratar de uma norma complementar, decorrente de um ato administrativo, obrigatoriamente deve estar consenso com o ordenamento jurídico, não podendo inovar. Sua publicação não tem o condão de alterar a data que entrou em vigor a lei a qual ela se refere, pois seria manifestamente uma norma irregular.

Assegura que a Autuada poderia ter efetuado uma consulta formal à SEFAZ, caso pairasse alguma dúvida sobre o alcance da palavra "cosméticos" contida na lei, além disso a norma legal entrou em vigor 90 dias após a publicação.

Declara que apurou e demonstrou através dos DANFE's acostados ao processo às fls. 97 a 104, que a Autuada seguiu inicialmente a legislação em vigor adicionando o percentual de 2% nas operações com cosméticos a partir da data em que a lei entrou em vigor (10/03/2016), porém, alguns itens ficaram de fora da nova sistemática em seus sistemas, destes itens estão por ora sendo cobrados no auto de infração a correta tributação a exemplo da grande maioria dos

esmaltes, batons, cremes, etc., que foram alcançados pela nova legislação e ficaram de fora continuando com a tributação de 18%.

Completa que a IN nº 05/2016 não alterou os procedimentos da Autuada, haja vista que os critérios adotados anteriormente continuaram a ser observados como pode-se constatar nos demonstrativos anexos. Portanto, as alegações da Autuada não devem ser acolhidas.

Considera a cobrança do ICMS relativo às saídas do produto “Presunto Serrano” como correta, pois pode-se observar que no documento anexado pela defesa (fls. 85), não há nenhuma indicação de que o referido produto esteja enquadrado no regime de substituição tributária, haja vista que o mesmo encontra-se sem CFOP ou CST, indicando sua inclusão no regime de substituição tributária. Contrariamente, o documento apresenta o Código de Situação Tributária - CST – 100, ou seja, de mercadoria tributada integralmente.

Destaca que a Autuada não apresentou nenhum documento de arrecadação comprovando o recolhimento do ICMS-ST, onde se constate a existência de uma nota fiscal referente a este produto, portanto não restou provado, que o imposto foi recolhido antecipadamente, procedimento a ser seguido caso realmente a Autuada entendesse ser o produto sujeito ao regime de ST.

Diz que a quase totalidade da movimentação do “presunto serrano” é realizada com tributação normal, conforme se pode observar nos DANFE’s de fls. 105 e 106 (transferência do Centro Distribuidor da empresa para o estabelecimento fiscalizado). No demonstrativo analítico existe somente uma ocorrência do produto no exercício fiscalizado, que é na referência 12/2016, cobrando-se o ICMS no valor total de R\$8,90.

Esclarece que a sujeição de um produto ao regime de substituição tributária não depende exclusivamente do código NCM da mercadoria, mas também da convergência do NCM com a descrição estabelecida na norma. Dessa forma é descabida a afirmação da defesa de que o NCM do produto é 0210, e que, portanto, estaria enquadrado no regime de substituição tributária. Fato que fica claro ao se analisar movimentação do produto da empresa para o estabelecimento fiscalizado (DANFE’s de fls. 105 e 106), onde se percebe que o produto “presunto serrano” utiliza o NCM 0210, mas sua tributação é normal com alíquota de 18%.

Conclui que produto deve ser submetido a tributação normal, estando correta a cobrança.

Combatte o entendimento da Autuada quando considera indevida a cobrança do ICMS referente a mercadoria LAV CONS CWG12/1, por entender ser devida a aplicação da redução da base de cálculo prevista no Convênio 52/91 para o produto, pois a citado convênio concede redução da base de cálculo nas operações com equipamentos industriais e implementos agrícolas. O produto em questão é uma máquina de lavar roupa de uso doméstico, não tendo qualquer relação com previsão legal.

Constata que a própria Autuada tributa integralmente o produto, conforme consta no DANFE de fl. 50 anexado aos autos. O produto LAV CONS CWG121 BRANCA 110V possui CST 000, ou seja, tributado integralmente, sem redução de base de cálculo. Também observa que nos DANFE’s de fls.107 e 108, correspondentes a operações de vendas a consumidor final, o produto tem tributação integral, portanto, mantém a autuação.

Adverte que o Art. 268, incisos XXV e XXIX, do RICMS/2012, concede redução de base de cálculo, reduzindo a carga tributária a 7% apenas aos produtos produzidos neste estado, sendo constatado pela fiscalização que a Autuada, em relação às saídas de "Leite Tipo Longa Vida", "Leite em Pó" e "Composto Lácteo em Pó" aplicou a carga tributária de 7%, indiscriminadamente, seja fabricado no Estado da Bahia, ou não, infringindo o dispositivo citado.

Ressalta que não cabe ao Autuante tampouco aos julgadores administrativos a análise da constitucionalidade do lançamento tributário. O próprio Regulamento do Processo

Administrativo Fiscal – RPAF/99, em seu artigo 167, inciso I, faz esta restrição. Desta forma, não cabem as análises das alegações de caráter constitucional no julgamento do CONSEF.

Reforça o entendimento de que para que haja a redução da base de cálculo o produto deve ser produzido no território baiano, cuja interpretação deve ser de forma literal por se tratar de concessão de benefício fiscal, conforme prevê o art. 108, § 2º c/c art. 111, CTN.

Descarta a existência de óbices ao tráfego de mercadorias em função de procedência ou de destino, transcrevendo o Acórdão JJF Nº 0056-05/14 da 5ª JJF, para alicerçar os argumentos que conta com o mesmo entendimento do CONSEF, já plenamente consolidado em reiteradas decisões sobre o tema consolidado pela 2ª Junta de Julgamento Fiscal, em decisão através do Acórdão JJF Nº 0293-02/12, julgando caso idêntico da empresa Autuada.

Portanto, conclui que não devem ser acolhidos os argumentos defensivos concernentes aos produtos "Leite Tipo Longa Vida", "Leite em Pó" e "Composto Lácteo em Pó".

Remata não ser não haver previsão legal que autorize a não aplicação ou a redução da multa aplicada em conformidade com o artigo 42, inciso II, alínea “a”, da Lei 7.014/96, pleiteada pela Autuada, pois o fisco não tem a competência para se pronunciar a respeito da ilegalidade ou inconstitucionalidade da mencionada lei. Assim, por haver norma legal em vigor e com eficácia plena, não se pode atender à solicitação da Autuada.

Requer a procedência total da autuação.

É o relatório.

VOTO

O presente lançamento imputa ao sujeito passivo a acusação de ter recolhido a menor o ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias, exclusivamente através de ECF, regularmente escrituradas conforme segue relatado.

Constatou que a descrição dos fatos no Auto de Infração foi efetuada de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e a multa aplicada relativamente às irregularidades apuradas, não foi verificada 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. Estando o presente processo revestido das formalidades legais encontra-se apto para julgamento.

O lançamento atende as exigências contidas no art. 28, §4º, inc. I e II, art. 39, e incisos, artigos 41, 43, 44 e 45, foram entregues cópias de todos os termos, demonstrativos e levantamentos elaborados pelo fiscal Autuante, em cumprimento ao art. 46, todos do RPAF/99.

Da análise do mérito constato que o Autuado na defesa apresenta argumentos relativos a ocorrências específicas alcançadas pela exação. Dessa forma, para melhor compreensão abordo cada aspecto separadamente.

1. Cosméticos relacionados da Instrução Normativa SAT nº 05/2015

A Autuada contesta a inclusão de itens classificados como cosméticos, na autuação, alegando que apesar do art. 16-A da Lei 7.014/96, ter estabelecido os produtos sobre os quais incidirá o adicional de 2% relativo ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza, incluindo “cosméticos” com a vigência da Lei nº 13.461, de 10/12/15, cujos efeitos se deram a partir de 10/03/16, por entender que somente com a publicação da Instrução Normativa SAT nº 05/2015, em 16/09/2016, a regra instituída pela citada lei, seria aplicada.

É cediço que nas relações tributárias entre o sujeito ativo da obrigação tributária e o sujeito passivo, é imperioso a observância do princípio da estrita legalidade. Portanto, a vigência da alteração da Lei nº 7.014/96, exigindo o adicional de 2% nas saídas dos produtos denominados “cosméticos” passa a vigorar a partir de 10/03/2016, sem a necessidade de aguardar a publicação

de uma norma infra legal de caráter administrativo com o propósito de determinar sobre quais produtos se aplicaria o novo critério de tributação.

Não cabem dúvidas quanto a interpretação acerca de quais produtos estariam alcançados pelo termo “cosméticos”. Efetivamente, não se trata de termo desconhecido tampouco de interpretação duvidosa. Para caracterizar tal assertiva, vale consultar a RESOLUÇÃO DA DIRETORIA COLEGIADA – RDC nº 07, de 10/02/2015, publicada no DOU nº 29, de 11/02/2015, da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, que dispõe sobre os requisitos técnicos para a regularização de produtos de higiene pessoal, cosméticos e perfumes e dá outras providências. No Anexo I – Definições, está conceituado que: “*I – Produtos de Higiene Pessoal, Cosméticos e Perfumes: são preparações constituídas por substâncias naturais ou sintéticas, de uso externo nas diversas partes do corpo humano, pele, sistema capilar, unhas, lábios, órgãos genitais externos, dentes e membranas mucosas da cavidade oral, com o objetivo exclusivo ou principal de limpá-los, perfumá-los, alterar sua aparência e ou corrigir odores corporais e ou protegê-los ou mantê-los em bom estado.*”

Portanto, não há dúvidas quanto a aplicação do adicional de 2% nas saídas dos produtos incluídos na autuação, a partir de 10/03/2016, mesmo porque, uma instrução normativa não tem a competência para alterar uma norma legal, inclusive sua vigência, por se tratar de um ato normativo expedido por autoridade administrativa, por ser uma norma complementar das leis, dos tratados e das convenções internacionais e dos decretos, conforme determina o art. 100 do Código Tributário Nacional.

Dessa forma procede a exigência.

2. Produtos resultante do abate de animais – Presunto Serrano

A defesa alega a improcedência da “*cobrança de ICMS para os produtos resultantes do abate de animais (PRES EXTRA FINO 100G), na medida em que o Anexo I do RIMCS/BA, em seu item 11.27, prevê a substituição tributária para tais itens. O presunto autuado se enquadra na qualificação supra, possuindo a NCM 0210 e indicando a sua tributação pelo fornecedor, conforme nota fiscal em anexo.*”.

O produto em questão é o “Presunto Serrano”. O Autuante, na informação fiscal, demonstra que o produto não está sujeito ao regime de substituição tributária, que pode ser facilmente comprovado pelos documentos apensos aos autos e exame do Anexo I do RICMS/2012.

Verifico que o Presunto Serrano constante nas notas fiscais 00.136.408 (fls. 105) e 001.158.722 (fls. 106) comprovam que a Autuada comercializa o produto com NCM 0120.9000, tributando normalmente à alíquota de 18%.

Dessa forma, deve ser aplicada a tributação normal.

Observo correta a informação do Autuante, portanto, correta a cobrança.

3. Produtos contemplados no Convênio ICMS 52/91

O Convênio ICMS 52/91, que concede redução da base de cálculo nas operações com equipamentos industriais e implementos agrícolas, alcança especificamente as operações com máquinas, aparelhos e equipamentos industriais.

Constatou que o item 39 - MÁQUINAS DE LAVAR ROUPA, MESMO COM DISPOSITIVOS DE SECAGEM, do Anexo I do Convênio ICMS 52/91, vigente na época da ocorrência dos fatos geradores, comprehende apenas dois itens:

- a) 39.4 – Máquinas de capacidade superior a 10 kg, em peso de roupa seca, túneis contínuos – NCM 8450.20.10;
- b) 39.5 – Outras máquinas de lavar de capacidade superior a 20 kg, em peso de roupa seca de uso não doméstico – NCM 8450.20.90

Verifico nos documentos apensados aos autos às fls. 107 e 108, que o produto descrito, está classificada com a NCM 8418100, diferente da NCM dos produtos contemplados pelo Convênio ICMS 52/91.

De fato, os produtos alcançados pelo benefício têm características próprias, claramente definidas e alcança especificamente as operações com máquinas, aparelhos e equipamentos para uso industrial. Dessa forma, fica evidente que benefício não se aplica a qualquer máquina, aparelho ou equipamento e não autoriza a sua extensão às operações com máquinas, aparelhos ou equipamentos destinados a uso doméstico. Ademais, há de se considerar o que dispõe o art. 111 do CTN, que impõe a interpretação da legislação tributária de forma literal, quando se tratar de concessão de benefícios fiscais.

Resta concluir que a autuação é procedente.

4. Leite tipo longa vida, composto lácteo e leite em pó

A defesa contesta a autuação referente aos itens leite longa vida, leite em pó e composto lácteo, argumentando ser ilegal a limitação imposta pelo Estado, por meio de uma carga tributária majorada e diferenciada nas operações interestaduais, em razão do disposto nos artigos 150, V e 152 da Constituição Federal, que veda limitações ao tráfego de bens e estabelecimento de diferença tributária entre bens e serviços, em razão de sua procedência ou destino.

Ressalto que, referente ao argumento supracitado, não cabe a esse órgão julgador apreciar, por carecer de competência legal, conforme determinação do art. 167, I, do RPAF/BA, pois, se tratando de arguição de inconstitucionalidade o regulamento exclui da competência dos órgãos julgadores a declaração da mesma, razão pela qual me abstenho de manifestar a respeito.

A defesa também argumenta que o Estado da Bahia não pode tributar de forma distinta as operações com leite produzido no Estado das operações com leite, adquirido em outras unidades da federação.

Cabe observar que o benefício da redução de base de cálculo está previsto nos incisos XXV e XXIX do art. 268 do RICMS/12 e se refere às “...operações internas com leite em pó e composto lácteo em pó, industrializados neste Estado, de forma que a carga tributária incidente corresponda a 7% (sete por cento).”, portanto, fica claro que o benefício não alcança as operações com produtos adquiridos em outros estados.

Importante destacar que a redução da base de cálculo nas operações internas para os produtos, não visa impedir ou dificultar a circulação de leite produzido em outros Estados, pois o objetivo real é estimular a produção e circulação desses produtos no território baiano. O argumento aduzido pela Autuada não autoriza a utilização da redução da base de cálculo sem observar as diretrizes regulamentares.

Destarte, resta comprovado que o sujeito passivo utilizou o benefício da redução da base de cálculo de forma indevida, estando correta a exigência do imposto sem redução da base de cálculo, nas saídas do leite longa vida, leite em pó e composto lácteo procedentes de outro Estado.

Quanto à decisão judicial da Ação Anulatória nº 0375591-23.2013.8.05.0001, promovida pelo WALMART BRASIL LTDA., empresa do mesmo grupo empresarial, citada na defesa e promovida contra o Estado da Bahia, cabe registrar que a mesma não tem efeito vinculante ao presente Processo Administrativo Fiscal, sendo específica àquele lançamento de ofício e àquela empresa. Mesmo entendimento serve a interpretação dos precedentes judiciais citados na defesa, proferidos pelo Supremo Tribunal Federal, ou seja, não são vinculantes para o Estado da Bahia, visto que o mesmo não figurou em nenhuma das ações citadas como parte.

Sobre a alegação defensiva da multa de 60% ser abusiva e confiscatória, advirto que sua aplicação decorre do descumprimento da obrigação principal e está prevista no artigo 42, da Lei

nº 7.014/96, por conseguinte, totalmente legal. Destaco ainda o disposto no art. 167, I, do RPAF/99 que impede a apreciação por este órgão julgador administrativo sobre a questão.

Quanto a pretensão da Autuada em considerar a decisão mais favorável ao contribuinte não vislumbro o seu aproveitamento no caso em lide, pois não detecto haver dúvidas quanto a matéria apreciada.

A aplicação do inciso II do art. 112 do CTN enseja aplicar a pena menos severa caso remanesçam dúvidas quanto à tipificação do fato ilícito. Por conseguinte, ele só terá cabimento se na lei tributária que defina infrações ou comine penalidades houver dúvidas quanto ao enquadramento da conduta do contribuinte, se no dispositivo que prevê a multa proposta pelo Autuante, ou se em outro dispositivo que preveja sanção menos gravosa.

Indefiro o pedido de cancelamento ou redução da multa imposta, em razão de falecer a esta instância de julgamento, competência para decidir sobre pedido de redução ou cancelamento de penalidade por descumprimento de obrigação principal, consoante o artigo 158, do RPAF/99.

Diante de todo o exposto voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **2814240006/17-0**, lavrado contra **BOMPREÇO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA** devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$246.818,84**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inc. II, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de outubro de 2018.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS – RELATOR

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA - JULGADOR