

PROCESSO - A. I. Nº 281424.0002/19-0
RECORRENTE - BOMPREGO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 1ª JJF nº 0137-01/19
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 04/09/2020

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0142-12/20-VD

EMENTA: ICMS. ALÍQUOTA. ERRO NA APLICAÇÃO. SAÍDAS DE MERCADORIAS REGULARMENTE ESCRITURADAS. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Autuado elide parcialmente a autuação ao comprovar que parte das mercadorias arroladas na autuação estava sob o regime de Substituição Tributária. O próprio autuante na Informação Fiscal acatou parcialmente as alegações defensivas e excluiu os valores indevidamente exigidos. Refeitos os cálculos. Reduzido o valor do débito. Infração parcialmente subsistente. Não acolhida a preliminar de nulidade arguida. Indeferido os pedidos de realização de diligência/perícia e a redução da multa. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto em razão do julgamento da 1ª JJF que julgou Procedente Em Parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 26/03/2019, conforme Acórdão nº 0137-01/19.

O Auto de Infração acima mencionado formaliza a exigência de crédito tributário no valor histórico total de R\$503.120,75, acrescido da multa de 60%, em decorrência do cometimento da seguinte infração à legislação do ICMS imputada ao autuado:

Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação da alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, do período de janeiro a dezembro de 2016.

A 1ª JJF dirimiu a lide com base no voto condutor abaixo transcrito, julgando Procedente Em Parte o referido Auto de Infração:

VOTO

Inicialmente, cabe apreciar a preliminar de nulidade arguida pelo impugnante. A alegação defensiva é de preterição do direito de defesa por descumprimento de dispositivo expresso em lei e ausência de comprovação da infração.

Sustenta o impugnante que isso ocorre porque a liquidez do Auto de Infração requer a exibição de todos os dados tendentes à comprovação do valor exigido, descrevendo-se minuciosamente a infração e apresentando os documentos comprobatórios, sob pena de afrontar os princípios da motivação, legalidade, segurança jurídica e verdade material, impossibilitando, desse modo, o exercício pleno ao contraditório e à ampla defesa, em violação ao art. 39, VI do RPAF.

O exame dos elementos que compõem o presente processo, especialmente das planilhas elaboradas pelo autuante, acostadas aos autos, por amostragem, em papel e na integralidade no DVD-R, de fl.12, permite constatar que não há como prosperar a pretensão defensiva.

Verifica-se, claramente, que assiste razão ao autuante quando contesta a alegação defensiva, afirmando que é inquestionável a obrigatoriedade da comprovação mediante documentos que possam fundamentar a infração.

O registro feito pelo autuante no sentido de que, elaborou uma planilha com as operações extraídas da Leitura de Memória de Fita-Detalhe e anexou aos autos (fls. 14 a 21), sendo que nesta planilha se observam claramente todos os dados inerentes aos cupons fiscais que deram origem à infração, no caso datas das operações, números dos cupons fiscais, números dos ECFs, códigos de fabricação dos ECFs, códigos dos produtos, descrições dos produtos, valores relacionados às operações de saídas e suas respectivas alíquotas, de fato, procede. Constata-se que referidas planilhas contêm todos esses dados e informações, conforme aduzido pelo autuante.

Observa-se que o lançamento de ofício em exame foi efetuado em conformidade com a legislação do ICMS,

tanto no sentido material, no caso a Lei nº 7.014/06 e RICMS/BA, Decreto nº 13.780/12, como no sentido formal, ou seja, o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia (RPAF/BA), aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

O autuante elaborou e acostou aos autos os elementos necessários e indispensáveis à validação do lançamento de ofício em questão - demonstrativos, planilhas, etc. -, cujas cópias foram entregues ao autuado, inclusive mediante mídia do tipo DVD-R, conforme intimação e AR (Aviso de Recebimento), anexados às fls. 71/72 dos autos.

Nota-se que o autuado pode exercer plenamente o seu direito à ampla defesa e ao contraditório, conforme exerceu ao reconhecer parcialmente a procedência da autuação, inclusive efetuando o pagamento do valor do débito reconhecido e rechaçar a parte não reconhecida, identificando as situações e mercadorias com as quais não concordava com a exigência fiscal.

É certo que - independentemente do alcance ou interpretação que se pretenda dar ao § 3º, do art. 8º do RPAF/99 -, não se apresenta razoável que seja ofertado na integralidade ao sujeito passivo planilhas em papel - conforme aduzido pelo impugnante - quando, em face da quantidade de documentos fiscais, milhares ou mesmo milhões, emitidas pelo Contribuinte de grande porte - como é o caso do autuado -, a entrega das planilhas e demonstrativos mediante meio magnético (DVD-R) lhe permite exercer de forma muito mais precisa, ágil e plena o seu direito à ampla defesa e ao contraditório.

Certamente que imaginar hoje os prepostos do Contribuinte analisando as centenas de folhas das planilhas em papel, no intuito de identificar cada cupom fiscal e/ou nota fiscal, item por item, no intuito de identificar alguma impropriedade na autuação, quando utilizando as informações e dados fornecidos pela Fiscalização em meio magnético tal análise se dá com mais rapidez e segurança, pela utilização dos recursos da informática, efetivamente, não soa razoável. Há que se preservar e possibilitar da melhor forma possível o exercício do direito à ampla defesa e ao contraditório do Contribuinte como ocorre com a entrega na integralidade dos papéis de trabalho em meio magnético (DVD-R), conforme se deu no presente caso.

Diante disso, não acolho a nulidade arguida, haja vista a inocorrência de qualquer das hipóteses previstas no art. 18 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF) aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Conforme relatado, após a instrução do PAF foi acostada aos autos Manifestação intempestiva do impugnante, cuja protocolização ocorreu em 19/08/2019, portanto, após o prazo de 10 dias concedido na intimação de fls. 184/185, datada e com ciência do autuado em 17/07/2019, na qual reitera os termos da Defesa inicial.

Quanto à diligência/perícia, observo que o autuado nada trouxe em termos valorativos ou quantitativos que pudesse suscitar a possibilidade de sua realização, razão pela qual indefiro o pedido, com fulcro no art. 147, I, "a", "b" II, "a" do RPAF/99.

No mérito, o impugnante alega a improcedência da exigência fiscal no tocante à existência de suposto erro na adoção da alíquota de 7%, em vez de 17%, nas saídas dos produtos leite do tipo longa vida, composto lácteo e leite em pó. Observa que a justificativa fiscal para a autuação está no fato de que a legislação estadual (RICMS/2012) só permite a redução da base de cálculo para os produtos leite em pó, composto lácteo e leite do tipo longa vida, desde que produzidos no Estado da Bahia, nos termos do art. 268, XXV e XXIX do RICMS/BA/12.

Na realidade, o inconformismo do autuado diz respeito à limitação imposta pela legislação do ICMS do Estado da Bahia, no sentido de que a redução da base de cálculo é aplicável exclusivamente aos referidos produtos se fabricados neste Estado. Alega que é inconstitucional tal restrição, por ferir o disposto nos artigos 150, V e 152 da Constituição Federal/1988.

No caso, trata-se de matéria recorrente no âmbito deste CONSEF. É indubitoso que nos termos da legislação posta o benefício de redução da base de cálculo alcança exclusivamente os produtos leite do tipo longa vida, composto lácteo e leite em pó, fabricados no Estado da Bahia. Inúmeras são as decisões deste CONSEF neste sentido, a exemplo dos Acórdãos JJP Nº 0145-05/16, JJP Nº 0194-01/16, CJF nº 0168-12/17, JJP nº 0200-04/16, CJF nº 0191-12/17.

No que tange às decisões judiciais aduzidas pelo impugnante, observa-se a inexistência de qualquer vínculo entre elas e o presente processo, portanto, não produzem qualquer efeito jurídico capaz de afetar o julgamento e decisão deste PAF por este órgão julgador administrativo de Primeira Instância.

As questões aduzidas pelo impugnante, atinentes à inconstitucionalidade e ilegalidade, não podem ser apreciadas por esta Junta de Julgamento Fiscal, haja vista a existência de vedação expressa neste sentido, consoante o art. 167, I, II do RPAF/99.

Dessa forma, correta a exigência fiscal no que tange aos produtos leite do tipo longa vida, composto lácteo e leite em pó.

No tocante aos cosméticos, o impugnante alega que apesar da Lei nº 13.461/2015 ter alterado a Lei nº 7.014/1996 e com isso estabelecido acréscimo de 2% na alíquota aplicável às operações com cosméticos, somente com a edição da Instrução Normativa nº 005, DE 16 DE SETEMBRO DE 2016 se determinou

finalmente quais produtos estariam incluídos nessa categoria, de forma que antes da referida IN não há regulamentação nem se pode esperar os efeitos da Lei.

Constata-se que assiste razão ao autuante, quando diz que a incidência do adicional do Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza sobre as operações de saídas de 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, sendo tributadas com o adicional de 2% (18% + 2%) a partir 10/03/2016, haja vista que nesta data a referida determinação legal passou a vigor em sua eficácia plena.

É cediço que uma Instrução Normativa não pode ser imposta no ordenamento jurídico para mudar, alterar, modificar uma Lei, no presente caso, Lei em sentido estrito.

Assim sendo, com o advento da 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, jamais poderia a Instrução Normativa nº. 05/2016 afastar a vigência desta normal legal, haja vista que deve estar em conformidade com o ordenamento jurídico.

Em verdade, cabe a Instrução Normativa de forma estrita, observar os preceitos previstos na Lei e nunca alterá-los, situação que ocorreria caso acolhida a tese defensiva de que, apesar da Lei nº 13.461/2015 ter alterado a Lei nº 7.014/1996 e com isso estabelecido acréscimo de 2% na alíquota aplicável às operações com cosméticos, somente em 16/09/2016 com a edição da Instrução Normativa nº. 005 se determinou quais produtos estariam incluídos nessa categoria, de forma que antes da referida Instrução Normativa não havia regulamentação nem se poderia esperar os efeitos da Lei.

Apenas a título de registro, cabe observar que o Contribuinte tem assegurado o direito de formular consulta sobre a interpretação e aplicação da Lei, conforme previsto no art. 55 do RPAF/BA/99, sendo certo que, se a alteração do art. 16-A da Lei nº 7.014/96 passou a vigor a partir de 10/03/16 e dúvidas existiam sobre quais produtos caberia a aplicação do adicional de 2%, poderia o autuado ter formulado consulta neste sentido perante o órgão competente da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, o que afastaria qualquer possibilidade de autuação.

Assim sendo, a exigência fiscal referente aos produtos cosméticos é subsistente.

O autuado alega exigência indevida de produtos que estão sujeitos à substituição tributária, no caso: PIZZA E BISCOITOS - DOCINHO BEIJ CABOCLO, DOCINHO QUERO MAIS, DOCINHO LOLI, DOCINHO BEIJ, DOCINHO QUER, DOCINHO LOLITA, PIZZA PRESU RET, PIZZA SALAME, PIZZA PROVOLONE, PIZZA ATUM, PIZZA CALAB (NCM 1905.01).

O autuante, na Informação Fiscal, acata, acertadamente, as alegações defensivas referentes aos biscoitos por estarem sujeitos ao regime de substituição tributária, classificados nos códigos NCMs 1904.10.00 e 1905.90.20, conforme as notas fiscais dos fornecedores, no caso: DOCINHO BEIJ CABOCLO, DOCINHO QUERO MAIS, DOCINHO LOLI, DOCINHO BEIJ, DOCINHO QUER, DOCINHO LOLITA E EQLIB QUEIJO SU 105G, excluindo os respectivos valores da exigência fiscal, o que resultou na redução do valor do ICMS originariamente exigido no Auto de Infração de R\$503.120,75 para R\$502.384,88.

No que tange às alegações defensivas referentes às pizzas, o autuante não acolhe os argumentos defensivos afirmando que se trata de pizzas recheadas, conforme se observa nas descrições, sendo que no exercício de 2016, as operações de saídas dos referidos produtos eram tributadas normalmente.

De fato, verifica-se que assiste razão ao autuante. Ou seja, o próprio autuado realizou operações de saídas desses produtos tributando normalmente, conforme se verifica na análise das notas fiscais de consumidor eletrônicas acostadas pelo autuante a título exemplificativo às fls. 170 a 176.

Do mesmo modo, verifica-se que assiste razão ao autuante quando menciona que o impugnante traz aos autos um recorte de nota fiscal eletrônica, fl. 92, referindo-se como se ela tivesse o produto PIZZA PRESU RET, com natureza da operação de venda de mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária, contudo, a análise do referido documento na sua integralidade permite constatar a existência de outra pizza, sendo que sua emissão somente ocorreu no exercício de 2019, portanto, diverso do exercício de 2016, conforme documento completo às fls. 177 a 181. Observa que o produto pizza recheada somente entrou para o regime de substituição tributária em 01/06/2018, alteração conferida à redação do Anexo 1 do RICMS/BA pelo Decreto nº 18.406, de 22/05/18, DOE de 23/05/18. Assim sendo, correta a exigência fiscal no tocante aos produtos pizza.

Diante do exposto, a infração é parcialmente subsistente no valor de R\$502.384,88, conforme novo Demonstrativo de Débito elaborado pelo autuante acostado a fl. 167 dos autos.

Por derradeiro, no tocante ao argumento defensivo de que em caso de dúvida a interpretação da norma jurídica deve favorecer ao Contribuinte, consoante previsão do art. 112 do CTN, no presente caso descabe tal aplicação, haja vista a inexistência de qualquer dúvida interpretativa.

No que concerne a alegação da defesa de que a multa aplicada é exorbitante e viola o princípio do não-confisco, saliento que de acordo com o inciso I, do art.167 do RPAF-BA/99, não se inclui na competência dos órgãos julgadores administrativos a declaração de inconstitucionalidade da legislação tributária estadual, sendo que a multa aplicada se encontra prevista artigo 42 da Lei nº 7.014/96.

No tocante ao pedido de redução da multa, ressalto que esta Junta de Julgamento Fiscal não tem competência para apreciar pedido de redução ou cancelamento de multa decorrente de descumprimento de obrigação tributária principal, conforme previsto no art. 158, do RPAF/BA/99.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, devendo ser homologado o pagamento efetuado pelo autuado.

A recorrente inconformada com a decisão de piso interpôs Recurso Voluntário manifestando as seguintes teses de defesa.

Entende que, mesmo diante da decisão recorrida, observa-se que o Auto permanece maculado com a nulidade pela falta de comprovação da infração; e ainda é improcedente, conforme se verá pelas razões jurídicas que passa a expor.

Alega preterição ao direito de defesa pela ausência de comprovação e descumprimento de dispositivo legal, em violação ao art. 2º, art. 18, incisos II e IV, “a” e art. 39, VI, todos do Decreto nº 7.629/99 (RPAF).

Aduz a recorrente que apesar do julgador de piso se manifestar no sentido de que a planilha fiscal continha “*todos os dados inerentes aos cupons fiscais que deram origem à infração*” contesta que não condiz com a verdade.

Perceba-se que a comprovação da exigência se lastreia no demonstrativo fiscal (planilha), nas notas fiscais eletrônicas emitidas e recebidas em 2016, notas fiscais eletrônicas de consumidor e na escrituração fiscal digital.

Porém, quando o lançamento detalha a espécie de documento fiscal e trata de operações registradas mediante emissão de notas ao consumidor, via equipamento emissor de cupom fiscal, chamada na planilha de “CF-ECF”, o Autuante não informa o número nem apresenta o cupom fiscal, impedindo que a Recorrente o identifique e de fato verifique a ocorrência da infração.

Aduz que seria necessário que o fiscal fizesse a identificação do cupom fiscal ou indicação das chaves de acesso e que a ausência desses dados impossibilita a comprovação das informações fiscais e os dados dispostos na planilha apresentada, especialmente quando a acusação é de erro de alíquota, a qual exige análise de produto a produto.

A premissa de que o lançamento seria válido apenas com a apresentação do demonstrativo, sem anexar todos os documentos utilizados no levantamento fiscal, não é suficiente para conferir certeza e liquidez ao crédito tributário.

Soma-se, ainda, 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.

Não à toa, o art. 18, II, IV, “a” do Decreto nº 7.629/99 dispõe que são nulos os atos proferidos com preterição do direito de defesa e desobedeçam aos dispositivos expressos em lei, o que, pelo visto, é exatamente o caso presente.

No mérito questiona a alíquota do leite do tipo longa vida, composto lácteo e leite em pó.

Segundo a fiscalização, a Recorrente teria calculado de forma equivocada o imposto que deveria ter sido recolhido na saída do produto leite longa vida, realizada através de nota fiscal.

O Julgador de primeira instância não enfrentou os argumentos postos pela Recorrente, reafirmando tão somente que a legislação estadual restringe a redução da base de cálculo aos referidos produtos se fabricados neste Estado.

Contudo, 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 taxaçaõ reduzida a 7%. Ou seja, majora-se a carga tributária do produto que vem de fora do Estado.

Traz decisões proferidas pelo Poder Judiciário da Bahia no sentido de que improcede a exigência

de recolhimento a menor de ICMS em razão de suposto erro na aplicação de alíquota cabível nas saídas de leite longa vida (Sentença proferida em 29/09/2015 pela MM Juíza da 11ª Vara da Fazenda Pública de Salvador que, apreciando os Embargos à Execução 0346138-46.2014.8.05.0001).

Inclusive, o Tribunal de Justiça da Bahia manteve a sentença proferida nos autos da Ação Anulatória nº 0375591-23.2013.8.05.0001, acima destacada, de modo a não haver discriminação tributária (guerra fiscal).

Portanto, 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 aos cosméticos, entendeu que a decisão de piso manteve equivocadamente o lançamento com estas operações, apesar do argumento de que o acréscimo de 2% na alíquota aplicável às operações com tais produtos determinados pela Lei nº 7.014/96, com as alterações promovidas pela Lei nº 13.461/2015, somente se tornou aplicável depois que a INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 005, DE 16 DE SETEMBRO DE 2016 discriminou quais produtos estariam incluídos nessa categoria.

A vigência e eficácia da Lei são atributos distintos das legislações. Neste caso, antes da instrução normativa, a Lei estava vigente, **mas não era eficaz**, ou seja, sem repercussão ainda no mundo dos fatos, sendo, portanto, inexigíveis seus efeitos, de forma que o contribuinte não estava obrigado a majorar a alíquota de produtos cosméticos a seu modo, se sequer definidos pela legislação.

Em referência aos produtos sujeitos à substituição tributária: PIZZA PRESU RET, PIZZA SALAME, PIZZA PROVOLONE, PIZZA ATUM, PIZZA CALAB (NCM 1905.01), reclama que a recorrente classificou corretamente na referida modalidade indicando, inclusive, prova junta a sua EFD.

Contesta a exorbitante multa de 60% aplicada sobre o valor principal. Alega que duas as razões que 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.

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

Assim, em caso de dúvida, de acordo com a determinação contida no art. 112 do CTN, que se aplique a interpretação mais favorável ao Contribuinte, julgando Improcedente o Auto de Infração em combate.

Fez-se presente o advogado, devidamente habilitado, Dr. Alexandre de Araújo Albuquerque na sessão de julgamento dos dias: 15/06/2020 sendo adiado para 17/06/2020.

Este é o relatório.

VOTO

O presente Recurso Voluntário visa combater infração única por aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, do período de janeiro a dezembro de 2016.

Preliminarmente, requer o recorrente a nulidade da infração em comento por entender que os demonstrativos elaborados pelo fiscal autuante não continham informações específicas quanto aos dados extraídos da sua ECF e que, portanto, cerceou seu direito de defesa.

Em relação às alegações do recorrente, esclareço que a EFD exige que o contribuinte alimente o registro C470 informando os itens dos documentos fiscais emitidos pelos usuários de equipamentos ECF, que foram totalizados na Redução Z.

Ademais, se observado o registro feito pelo autuante é possível observar que elaborou uma

planilha com as operações extraídas da Leitura de Memória de Fita-Detalhe e anexou aos autos (fls. 14 a 21).

Isto posto, não merece acolhimento a nulidade requerida, considerando que é possível consultar os itens levantados e suas respectivas alíquotas através do registro C470 em sua Escrituração Fiscal Digital, sendo perfeitamente possível que fosse verificada a ocorrência da infração.

No mérito, contesta a recorrente a redução da base de cálculo do leite do tipo longa vida, composto lácteo e leite em pó.

Para os itens sinalizados tenho as seguintes ponderações:

- LEITE LONGA VIDA

O dispositivo que trata da redução de alíquota à época da autuação dispunha, por medida protecionista, que, para usufruir da alíquota de 7%, necessário faria que o leite fosse fabricado no Estado da Bahia. Não sendo o produto, portanto, fabricado neste Estado, não poderia ter sua alíquota reduzida.

Assim, o leite longa vida fabricado em outra unidade da federação deve ser tributado pela alíquota de 17%, pois a redução prevista no inciso XXIX, do art. 267 do RICMS/12 somente se aplica aos fabricados neste estado.

- LEITE EM PÓ e COMPOSTO LÁCTEO

Conforme redação vigente à época da autuação, verifico que a redução de base de cálculo do leite em pó e do composto lácteo estava prevista no inciso XXV, do caput do art. 268 do RICMS/BA, que assim dispunha:

Art. 268. É reduzida a base de cálculo:

O inciso XXV do caput do art. 268 foi revogado pelo Decreto nº 17.304, de 27/12/16, DOE de 28/12/16, efeitos a partir de 01/02/17.

Redação anterior dada ao inciso XXV do caput do art. 268 pelo Decreto nº 16.151, de 16/06/15, DOE de 17/06/15, efeitos a partir de 17/06/15 a 31/01/17: “XXV - das 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);

Assim, no período fiscalizado, considerando a inserção de restrição protecionista atribuída a estes produtos, entendo que deve ser mantida a exigência fiscal sobre a diferença nas saídas em que foram aplicadas indevidamente a redução de base de cálculo sobre o leite em pó e composto lácteo não fabricados neste Estado.

E no tocante aos julgados trazidos ao PAF, verifico que não trazem repercussões vinculantes, além de ter constatado que não fora transitado em julgado. Outrossim, os textos retratam uma alegada inconstitucionalidade da norma posta. Assim, considerando que não é competência desse colegiado apreciar matérias dessa natureza, conforme art. 167 do RPAF, restrinjo minha análise aos fundamentos de mérito acima já tratados.

Quanto à cobrança do adicional de 2% em referência aos itens de cosméticos, ressalto que a incidência do adicional do Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza sobre referidas operações 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.

Ocorre que, em 09/2016 foi publicada a Instrução Normativa de nº 05/2016 pelo Superintendente de Administração Tributária, trazendo em seu conteúdo a lista exclusiva dos produtos considerados como cosméticos.

Neste sentido, considerando que a norma infralegal tem a função meramente interpretativa e orientativa, entendo que sua publicação elucidou o conteúdo da lei, deixando transparente o conceito de “cosméticos” para fins de aplicação da norma.

Dessa forma, a citada Instrução Normativa reflete o entendimento da administração tributária do Estado da Bahia, com relação à definição dos produtos inseridos no conceito de cosméticos,

servindo, portanto, de orientação aos seus prepostos fiscais, de que para efeito de aplicação do adicional de 2% do Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza devem ser considerados apenas as NCM'S listada no seu Anexo Único.

Ocorre que, analisando a lista de produtos inseridos no levantamento fiscal, constato que não identifiquei qualquer item que não tenha previsão legal na referida norma. Todos os itens elencados são tintas para cabelo, máscaras capilares, produtos de maquiagem, esmaltes, hidratantes corporais e itens depilatórios, cujos descritivos estão devidamente previstos no Anexo Único da citada norma legal.

Em referência aos produtos sujeitos à substituição tributária: PIZZA PRESU RET, PIZZA SALAME, PIZZA PROVOLONE, PIZZA ATUM, PIZZA CALAB (NCM 1905.01), reclama a recorrente ter classificado corretamente na referida modalidade indicando, inclusive, prova junta a sua EFD.

Neste tópico importante transcrever trecho da Informação Fiscal que assim menciona:

São pizzas recheadas, conforme se pode observar nas descrições. No exercício fiscalizado (2016), os citados produtos inquestionavelmente possuíam tributação normal.

A Autuada, inclusive, na quase totalidade das operações de saídas desses produtos conferiu-lhes tributação normal, vide, por exemplo, as notas fiscais de consumidor eletrônicas de fls. 170 a 176.

A impugnante traz aos autos um recorte de nota fiscal eletrônica, fl. 92, referindo-se como se ela tivesse o produto PIZZA PRESU RET, com natureza da operação de venda de mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária. Ao se analisar o documento completo, verifica-se a existência de uma outra pizza mas a emissão desse documento somente ocorreu no exercício de 2019, ou seja, diferente do exercício ora em análise (vide documento completo em fls. 177 A 181). O produto pizza recheada somente entrou para o regime de substituição tributária em 01/06/2018, alteração conferida à redação do Anexo 1 do RICMS/BA pelo Decreto nº 18.406, de 22/05/18, DOE de 23/05/18.

Observa-se que no DANFE de fl. 182 emitido no exercício de 2016, que possui a mesma fornecedora da nota fiscal acostada pela Impugnante (exercício de 2019), traz o produto pizza com tributação normal.

Conclui-se, portanto, que as pizzas estão sendo cobradas com correção.

Pelo exposto, se observadas as fls. 177 a 181 é possível constatar que se trata de pizza recheada e que referido produto somente está inserido no Regime da ST a partir de 2018.

Outrossim, e valendo-me da disposição contida na decisão de primeiro grau, o percentual da multa está em consonância com o ordenamento legal, notadamente o art. 42 da Lei nº 7014/1996. Refuto, pois, as razões recursais que sinalizam para o caráter confiscatório da multa.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

Este é o voto.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **281424.0002/19-0**, lavrado contra **BOMPREGO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$502.384,88**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, "a" da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado o pagamento efetuado pelo autuado.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 17 de junho de 2020.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS - PRESIDENTE

LEILA BARRETO NOGUEIRA VILAS BOAS - RELATORA

ROSANA MACIEL BITTENCOURT PASSOS SALAU – REPR. DA PGE/PROFIS