

**A.I. Nº** - 281424.0004/19-3  
**AUTUADO** - BOMPREÇO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA.  
**AUTUANTE** - CARLITO NEVES DE LACERDA JÚNIOR  
**ORIGEM** - IFEP COMÉRCIO  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET: 05/03/2020

#### 4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

##### ACÓRDÃO JJF Nº 0015-04/20

**EMENTA:** ICMS. RECOLHIMENTO A MENOS. a) BASE DE CÁLCULO. REDUÇÃO INDEVIDA. LEITE LONGA VIDA, COMPOSTO LÁCTEO E LEITE EM PÓ. O benefício da redução da base de cálculo previsto no RAICMS, diz respeito às saídas de leite e composto lácteo de fabricação interna e não de fabricação em outras Unidades Federativas, conforme utilizado pelo autuado. b) ALÍQUOTA. ERRO NA SUA APLICAÇÃO. ADOÇÃO DE PERCENTUAL DIVERSO DO PREVISTO NA LEGISLAÇÃO. COSMÉTICOS. Falta de inclusão do adicional de 2% destinado ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza, previsto no art. 16-A da Lei nº 7.014/96. Infração comprovada. Demonstrado que foram incluídas no levantamento fiscal mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, cuja fase de tributação se encontra encerrada, além de não ter sido observada a existência de mercadorias cujas operações gozam do benefício da isenção. Refeitos o lançamento pelo autuante. Não acatado o argumento de confiscatoriedade das multas aplicadas. Não apreciado pedido de declaração de inconstitucionalidade da legislação baiana. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, foi lavrado em 25/06/2019, para exigir ICMS no valor de R\$504.757,52 em decorrência do recolhimento efetuado a menos, nos meses janeiro de 2015 a dezembro de 2016, em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto, nas saídas de mercadorias através de ECF, regularmente escrituradas, acrescido da multa de 60%.

O contribuinte, através de advogado legalmente habilitado ingressa com defesa (fls. 103/132), falando inicialmente sobre a tempestividade da apresentação da mesma.

Preliminarmente diz ser o lançamento nulo pelo cerceamento ao direito de defesa e contraditório pela ausência de comprovação da infração, por ter a planilha fiscal deixado de identificar o equipamento emissor de cupom fiscal (ECF) correlativo ao produto comercializado com suposto erro de alíquota e o número do documento fiscal; e ainda por ter deixado de apresentar os cupons/notas fiscais que deram origem ao lançamento.

No mérito alega ser improcedente a exigência fiscal porque o Autuante acabou por incluir mercadorias tributadas corretamente, tendo desconsiderado o fato dos produtos autuados possuírem redução de base de cálculo, razão pela qual exige diferença *indevida* de ICMS. Assim, externa o entendimento de que o auto de infração combatido deve ser julgado improcedente, pelos fundamentos que passa a expor:

Inicialmente elenca seguintes nulidades do lançamento

a) Da preterição do direito de defesa: o descumprimento de dispositivo legal e a ausência de comprovação da infração

Após transcrever o teor do art. 2º do Decreto nº 7.629/99 (RPAF) afirma que os mesmos foram violados, isto 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, impedindo, assim, o exercício pleno do contraditório e da ampla defesa, em violação ao art. 39, VI, do RPAF.

O Autuante informa que a comprovação da exigência se lastreia no demonstrativo fiscal (planilha), cupons/notas fiscais emitidos entre 2015 e 2016 e na escrituração fiscal digital. Porém, quando a planilha fiscal se refere a documentos fiscais emitidos via equipamento emissor do cupom fiscal (ECF) o lançamento detalha o código do item comercializado, mas não identifica o equipamento emissor do cupom fiscal, a série ou modelo, nem mesmo o número do cupom, impedindo a verificação da procedência da acusação, especialmente quando o autuante deveria ter apresentado o cupom fiscal e não o fez.

Transcreve exemplos e em seguida diz que a identificação do equipamento emissor do cupom fiscal, com número, modelo e série, já seria insuficiente à comprovação da infração, pois o autuante tem obrigação de exibir os cupons fiscais. Mas nem isso foi fornecido impossibilitando de comprovar as 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.

Ademais, constatou-se que há divergência entre a mercadoria indicada na planilha fiscal e a efetivamente comercializada, conduzindo o Auditor à equivocada conclusão de erro de tributação, ignorando a verdade material, ou seja, ao item efetivamente comercializado e descrito no cupom fiscal. Não à toa, os casos de divergência se relacionam cupons fiscais emitidos pelos ECFs, e não notas fiscais.

Assevera que o exercício do direito de defesa resta prejudicado porque o relatório apresentado pelo Autuante não corresponde aos cupons, não sabendo a Impugnante precisar a origem da divergência. O fato é que as mercadorias efetivamente comercializadas *não* correspondem àquelas informadas no relatório fiscal. É possível que o erro tenha ocorrido desde a geração dos arquivos. Contudo, um erro não pode justificar outro. A acusação é de erro de tributação e não de geração dos arquivos. Assim, para apurar a procedência ou não da acusação é preciso que se observe uma perfeita correlação entre o cupom e as planilhas da autuação.

Afirma que a apresentação dos documentos que respaldam a infração é obrigatoriedade disposta em lei, e não faculdade da fiscalização. Assim, mesmo elaborada com dados do contribuinte, a planilha não é suficiente para ser utilizada como prova da infração.

Reafirma que falta da identificação do equipamento emissor do cupom fiscal e apresentação do cupom fiscal prejudicam 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. Tanto é verdade que o § 1º do art. 39 do RPAF somente excepciona as exigências meramente formais. 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 da identificação dos cupons fiscais não é passível de convalidação, simplesmente porque não supríveis ou presumíveis.

Nessa diretriz, em caso análogo, o Tribunal Administrativo Tributário do Estado de Pernambuco (TATE) já se pronunciou 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, como ocorre no presente

caso, o que não foi observado pelo Autuante, posto que sequer indicou o número do cupom fiscal, restringindo-se à identificação do produto pelo código:

Prossegue dizendo que mesmo que tivesse sido indicado o equipamento ECF, o que não é o caso dos autos, o Autuante não estaria desobrigado de apresentar os documentos fiscais. Ou seja, deve a fiscalização apresentar todos os documentos utilizados pelo Fisco para confecção da planilha ou demonstrativo de crédito tributário.

Rechaça a premissa de que o lançamento seria válido apenas com a apresentação do demonstrativo, sem anexar todos os documentos utilizados no levantamento fiscal, pois no seu entender não é suficiente para conferir certeza e liquidez ao crédito tributário. E a liquidez, certeza e segurança jurídica só se perfazem com o levantamento de todos os dados necessários para respaldar a pretensão fiscal.

Essa falha, portanto, demonstra que o levantado apresentado pela fiscalização não é suficiente, pois a liquidez e certeza só se comprovam mediante a demonstração de todos os dados que compõe o valor exigido, uma vez que o ato administrativo, para ter validade e exigibilidade, deve estar revestido dos seguintes elementos: agente, objeto, forma, motivo e o fim.

Acrescenta 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. Logo, apesar de o lançamento decorrer de regra jurídica inquestionável, em que é dever da administração tributária adequar o fato pretendido às normas tanto administrativas quanto constitucionais e infraconstitucionais, é também obrigação legal apresentou o débito respaldado dos documentos correlatos, caso contrário, desprezará o direito ao contraditório e à ampla defesa constitucionalmente assegurado à Impugnante (art. 5º, LV, da Constituição).

Assevera que 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.

Acrescenta que este é o entendimento deste Conselho da Fazenda Estadual da Bahia (CONSEF), transcrevendo Ementas sobre o tema em decisões da primeira e segunda Instância.

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 no amplo direito de defesa da Impugnante.

Salienta que não se trata 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, e pede a nulidade do procedimento administrativo fiscal, efetivado através do presente Auto de Infração.

No mérito, pede a improcedência do lançamento pelos motivos a seguir expostos:

**a) Produtos com suposto erro na adoção da alíquota 7%, ao invés de 17% - Produto leite do tipo longa vida, composto lácteo e leite em pó:**

Diz que o entendimento da fiscalização é de que a legislação estadual, art. 268 do RICMS, só permite a redução da base de cálculo para o leite em pó, composto lácteo e leite do tipo longa vida produzido no Estado, nos termos do art. 268: leite longa vida produzido no Estado. É o caso dos itens: COMP LAC NINHO FAS1 400G, COMPOSTO LACTEO PRECIO 200G, L PO INST CAMPON 800G, LEIT UHT SEMI COTOCH ES 1L, LEITE DAMARE DES.1L, LEITE DESN ITAMBE 300G, LEITE DESN SABE UHT 1L, LEITE DESN VIT ZERO 1L, LEITE DESN ZERO 1L, LEITE DEZ VIT PRIS, LEITE INST NINHO 400G, LEITE INSTANTANEO ITAMBE 200G, LEITE INT INST LA SEREN 200G, LEITE INTEG CAMPONES 200G, LEITE INTEG FERRO SERENI 400G, LT INT NOLAC 1L, LT PO INT POLLY 200G, LT PO ZERO LAC NINHO 380 GR, LT PO ZERO POLLY 200 G, LT PO ZERO POLLY 800 G, LTE

DES PIRACANJUBA 1L, LTE DESN ITAMBE 500G, LTE INT PIRACANJUBA 1L, LTE ITAMBE CALCIO 1L, LTE ITAMBE FERRO 1L, LTE ITAMBE INST 800G, etc., e demais produtos semelhantes que foram autuados. Todavia, improcede a limitação imposta pelo Estado, por meio de uma carga tributária majorada e diferenciada nas operações interestaduais, posto que viola a vedação constitucional disposta no art. 150, V, e art. 152, da Carta Magna.

Assevera que o art. 16-A da Lei nº 7.014, /96, cujo teor transcreve estabelece quais os produtos sobre os quais incidirá o adicional de 2% relativo ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza. E para definir quais os cosméticos que teriam o referido adicional, foi editada a Instrução Normativa SAT nº 5, apenas em 16/09/2016. Ou seja, entende que antes da referida data, não havia qualquer especificação legislação que indicasse os esmaltes, cremes de beleza, água oxigenada, etc., como sujeitos à tributação diferenciada.

Acrescenta que a regra no Direito Tributário é a irretroatividade das normas (art. 105 do CTN), e 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. 5/2016. Logo, deve-se afastar a aplicação da alíquota de 20% sobre os produtos como ESMALTE RISQUE NAT CL 8MLREND, BATOM PINK GLAMOUR, CASTING GLOSS AMEIXA 316, AGUA OXIGENADA 10VOL 100ML, VEET NATUR CARM 100, etc., cujas operações se realizaram ainda sob a égide da tributação simples de 18%.

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. Esse preceito é confirmado pelo art. 150, 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”*. Transcreve ensinamentos do Prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho sobre o tema.

Aduz que o princípio da isonomia consagrado no art. 5º e 150, II, da Constituição também impede que se dê tratamento diferenciado entre produtos internos e de outros Estados. Ressalta 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.

Diz 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.

Em outras palavras, 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%.

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

Informa que a situação posta pelo Estado já foi objeto de análise do Poder Judiciário, em casos idênticos ao presente, através da 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.

Ainda 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 Impugnante figura no polo ativo da demanda decidiu pela impossibilidade da diferenciação de alíquota relativamente ao leite longa vida.

Informa que o Tribunal de Justiça da Bahia vem confirmando este entendimento, conforme recente acórdão cujo teor transcreve e neste sentido também já se posicionou o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Soma-se, ainda, 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.

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

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.

Tanto é verdade, que diante da repercussão gerada, acharam por bem revogar os artigos pertinentes a presente discussão a partir de 01/02/2017. Acontece que as ocorrências da notificação fiscal em epígrafe foram referentes ao período de janeiro, fevereiro, março, junho, julho, agosto, setembro, outubro, novembro e dezembro, todos do ano de 2016, razão pela qual os fatos geradores autuados estavam acobertados pelo benefício da redução de base de cálculo.

Portanto, o benefício concedido ao leite longa vida produzido neste Estado (da Bahia) deve se estender também aos demais Estados, atribuindo-se tratamento igualitário aos produtos beneficiados independentemente da procedência.

Assim, 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.

**b) Cosméticos:** determinação pela IN nº 005/2016 - ACETONA LIDER AZUL 100ML, ADSTRI CLEANCLEAR, AG OX BIOCOLOR CR 20VOL 100ML, AM DOV RECONSTR 15ML, AMP TRIPLAS PANTENE 3 UM, BASE BEAUTY COLOR CLARO 1 UM, BASE BEGE MEDIO, BASE FORTALECEDORA, BATOM ALPINO, BB CREAM BASE CLARA CAS ES 1 UM, BIOCOLOR 2.0 PRETO 15.7G, CASTING GLOSS PRETO 200, CMAOS CALENDULA, COL MINI COR TON 8 1 UM, COR INTENSA NUTRISSE 7, CORRETIV BEAUTY COLO ESCURO 1 UM, CORTON MINI 12.11, CP AFRO HAIR 2 300ML QUIM 300ML, GLOSS LABIAL GLACE, HID NIV PERNAS ANTIC 400ML (etc. ...)

Fala que constam no lançamento operações com cosméticos – batom, hidratante, tonalizante capilar, esmalte, removedor, creme de pentear cabelos, máscaras de cílios, hidratante, dentre outros - pelas quais se teria aplicado alíquota menor que a devida. Tal conclusão não procede.

Assevera 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 IN não há regulamentação nem se pode esperar os efeitos da Lei.

Perceba-se que 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.

Certo que na hierarquia das normas, a Lei se sobrepõe à instrução normativa, que não pode contrariá-la, nem impor conceitos extensivos ou limitativos ao texto da Lei. Contudo, é papel da Instrução normativa dar-lhe efetividade, e por isso chega aos pormenores sem os quais a Lei não poderia ter aplicação.

Este é o caso. Inclusive, o texto literal da INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 005, DE 16 DE SETEMBRO DE 2016 não deixa dúvidas de que é *ato administrativo complementar*, e consequentemente fundamental para que a lei produzia efeitos jurídicos, consignando expressamente que “*Para efeitos da incidência do adicional do Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza serão considerados como cosméticos exclusivamente os produtos relacionados no Anexo Único desta Portaria*”.

Ou seja, entende que não serão todos os artigos cosméticos afetados pela norma – serão aqueles expressamente definidos na Instrução Normativa. A Lei trouxe que, dentre todas as categorias de produtos, os cosméticos suportarão a majoração de alíquotas. Mas a Lei puramente não possui aptidão para gerar os efeitos pretendidos, dependendo de uma norma regulamentadora, no caso a instrução normativa.

Conclui que antes da INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 005, DE 16 DE SETEMBRO DE 2016 não há que se cobrar o acréscimo nas operações com cosméticos, os quais deverão ser excluídos do lançamento.

**c) Produtos isentos – BP ERVILHA 3**

Equívocou-se a Autoridade quando incluiu no lançamento produtos isentos, no caso ervilha, por estar acobertado pelo benefício da isenção, conforme determinado no Art. 265, I, “a”, do RICMS/BA (Dec. nº 13.780/12).

Frisa que a legislação remete ao Convênio ICMS 44/75, o qual expressamente mencionada que ervilhas em estado natural são isentas do imposto. Inclusive, a nota fiscal, chave de acesso 3519 0502 8616 8800 0120 5500 1000 1276 6111 9625 0270, justifica a isenção nesses dispositivos:

**d) Substituição tributária - SECRET 269 e LOMBO CANAD FT 100G**

Afirma que alguns itens, à época da comercialização, estavam sujeitos à substituição tributária. É o caso de

*SKOL B SECRET LT - NE-SKOL B SECRET LT. - CERVEJA SKOL BEATS SECRET LATA 269*, bebida alcoólica (mista) refrescante, teor alcoólico abaixo de 8%, enquadrada no NCM/SH 2208.9:

Aduz que o referido item foi incluído na sistemática da substituição tributária, indicado no **item 3.17** do *Anexo I* do regulamento do RICMS/BA, com efeito a partir de 01/10/2016,

Assevera que o referido produto trata-se, efetivamente, do NCM/SH 2208.9, conforme pesquisa em sítio eletrônico, cuja imagem da tela transcreve.

Informa que tendo em vista que a comercialização dos produtos, conforme consta na própria planilha da autuação fiscal, foi nos meses de outubro a dezembro de 2016, ou seja, durante a vigência da referida legislação, requer a Impugnante que o item seja excluído da autuação, haja vista ser indevido o imposto cobrado para esta mercadoria.

**e) Carne (LOMBO CANAD FT 100G)**

Diz que consta no *item 11.25.1* do *Anexo I* do RICMS/BA que carnes e demais produtos comestíveis frescos, resfriados, congelados, salgados, em salmoura, simplesmente temperados, secos ou defumados, resultantes do abate de suínos está submetido ao recolhimento antecipado do imposto:

Dessa forma, sendo antecipado o recolhimento do imposto, não há que prosperar a acusação de falta de recolhimento.

Reclama da exorbitância da multa aplicada, que considera abusiva, por duas razões: (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.

No que se refere ao primeiro item entende que tal penalidade depende de 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.

Afora isso (segunda questão), percebe-se 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.

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.

Cita entendimentos sobre a aplicação de tal princípio às multas fiscais externados por Ricardo Corrêa Dalla, em sua obra “Multas Tributárias”. Reporta-se a uma decisão do STF dos anos de 1980. Transcreve ementa de decisão na ADI 1075 e de outros acórdãos mais recentes. Aduz que o STF reiterou o entendimento confirmando entre 20% e 30% o patamar razoável para a aplicação de multas tributárias, o qual, se olvidado, redundaria em violação ao princípio do não confisco. Invocando o art. 112, do CTN, requer a aplicação da interpretação mais favorável ao Contribuinte, julgando Improcedente o Auto de Infração.

Finaliza solicitando o reconhecimento e declaração/decretação da nulidade e/ou improcedência da exigência fiscal, diante da impropriedade da exigência fiscal, tendo em vista que as alíquotas foram por ele, corretamente aplicadas. Não sendo este o entendimento requer a redução ou o afastamento da multa aplicada, em respeito ao princípio da razoabilidade, proporcionalidade e do não confisco.

Protesta por todos os meios de provas permitidos em direito, 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. 173/185, dizendo em relação à suposta preterição ao direito de defesa que as afirmações do contribuinte não representam a realidade conforme ver-se-á adiante, pois é inquestionável a obrigatoriedade da comprovação através de documentos que possam fundamentar a infração. No caso em apreço, a totalidade da infração está representada nas vendas a consumidor final, realizadas através de equipamentos emissores de cupons fiscais – ECF’s, conforme demonstrativo analítico de fls. 13 a 15, cuja integralidade encontra-se na mídia, tipo DVD-R, de fl. 68.

Frisa que todo o trabalho de auditoria que originou esta infração teve por base a Escrituração Fiscal Digital – EFD – da Defendente, que é a escrita oficial do estabelecimento e que contém todas as operações de entrada e saída de mercadorias, por produto, e com todos os dados e valores inerentes a estas operações, e que também se encontra anexada aos autos na mídia de fl. 68.

Explica que no demonstrativo analítico que demonstra a infração não existe um único dado ou valor que não tenha sido extraído da EFD da Impugnante, e ressalta que os valores constantes do demonstrativo analítico, quando as saídas são realizadas através de ECF, estão totalizados por mês, por produto, exatamente como é escriturado na EFD, mais precisamente do Registro C425. Esta afirmação pode ser confrontada pela Autuada a qualquer tempo, através de uma simples consulta à sua própria escrituração, indicando e descrevendo qualquer dado ou valor constante do mencionado demonstrativo que não represente, fidedignamente, a sua escrita fiscal.

Frisa que não obstante todos os dados que compõe a infração terem sido extraídos da EFD da Impugnante, faz-se imperiosa a necessidade de se demonstrar através de documentos, as operações que originaram a infração em comento. Isto se faz, neste caso específico, indicando os cupons fiscais que deram origem à EFD, e, conseqüentemente, ao demonstrativo da fiscalização, mesmo que por amostragem, já que durante o exercício são emitidos centenas de milhares de cupons fiscais em dezenas de equipamentos.

Explica que os referidos documentos são extraídos da Leitura de Memória de Fita-Detalhe –MFD – dos equipamentos emissores de cupons fiscais. Ao compulsar os autos, pode-se facilmente observar em fl. 08, que a Impugnante foi regularmente intimada a apresentar as MFD's de 2016 em 05/06/2019. A Autuada, como de praxe, prontamente atendeu a intimação entregando à fiscalização as referidas MFD's, conforme se pode observar no e-mail de fl. 09.

Após análise das MFD's entregues pelo Contribuinte, foram extraídas, por amostragem, mais de 450 operações de saída através de cupons fiscais, correlacionadas aos produtos indicados no demonstrativo analítico da fiscalização que apresentaram erro na aplicação de alíquota.

Em seguida foi elaborada uma planilha com essas operações extraídas da Leitura de Memória de Fita-Detalhe e anexou-se aos autos (fls. 16 a 24). Nesta planilha pode-se claramente observar todos os dados inerentes aos cupons fiscais que deram origem à infração. Assim, constata-se, dentre outros dados, as datas das operações, os números dos cupons fiscais, os números dos ECF's, os códigos de fabricação dos ECF's, os códigos dos produtos, as descrições dos produtos, todos os valores relacionados às operações de saída e suas respectivas alíquotas com erro de aplicação.

Ressalta que a comprovação através de documentos (cupons fiscais) sempre é realizada nos autos por amostragem, devido à sua grande quantidade, sendo que, no caso específico deste demonstrativo analítico, por exemplo, foram milhares de cupons fiscais emitidos cujos dados inerentes às operações que acobertaram estão agrupados por mês em cada produto.

Conclui que as irregularidades apontadas pelo defendente estão devidamente comprovadas nos autos, e, por tudo quanto foi exposto, não devem prosperar as alegações defensivas em relação à preterição ao direito de defesa.

Em relação ao mérito diz que, no que diz respeito ao item 2 - PRODUTOS LEITE DO TIPO LONGA VIDA, LEITE EM PÓ e COMPOSTO LÁCTEO, essas saídas a uma carga tributária de 7%, indiscriminadamente, seja fabricado no Estado da Bahia, ou não, infringiu o art. 268, Incisos XXV e XXIX, do RICMS/2012/BA, que concede redução de base de cálculo, reduzindo a carga tributária a 7% apenas aos PRODUTOS FABRICADOS NESTE ESTADO.

Faz um resumo dos argumentos defensivos relativos a este item e após diz que não cabe nem ao autuante nem aos julgadores administrativos a análise da constitucionalidade do lançamento tributário, sendo-lhes vedado negar aplicação a ato normativo (de qualquer natureza) emanado de autoridade superior. O próprio Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF, aprovado pelo Decreto Nº 7.629 de 09 de julho De 1999, em seu artigo 167, incisos I e III faz esta restrição.

Afirma ter ficado evidente que para que haja a redução da base de cálculo o produto deve ser fabricado na Bahia. Portanto, as operações internas, ora analisadas e devidamente relacionadas no demonstrativo da fiscalização de fls. 13 a 15, atingem frontalmente a norma tributária baiana, pois concedem também o referido benefício aos produtos fabricados fora deste Estado. Por ser norma de benefício fiscal, a regra acima transcrita 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, CTN.

Noutro giro, não é o caso de se falar em óbices ao tráfego de mercadorias em função de procedência ou de destino. Este tem sido o reiterado entendimento do CONSEF, como esclarece a decisão proferida no Acórdão JJF Nº 0056-05/14 da 5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL, cujo teor transcreve.



Diz que o entendimento do CONSEF está plenamente consolidado em reiteradas decisões sobre este assunto. Cita o Acórdão JJF Nº 0145-05/16, julgando caso idêntico da empresa Autuada, que ratifica o seu convencimento, assim como outras decisões todas julgando procedentes autuações de natureza idêntica ao presente processo e contra a mesma empresa Impugnante:

Por fim, ao se analisar as decisões judiciais trazidas ao processo, vislumbra-se que as mesmas não têm o condão de negar a aplicabilidade da legislação estadual, uma vez que são decisões em pequeno número e que estão muito aquém de Também o precedente judicial citado pela Defendente, como aquele proferido pelo STF, da mesma forma não vincula a Fazenda Pública Baiana, uma vez que esta não figurou como parte, e nem a declaração de inconstitucionalidade retirou do ordenamento jurídico pátrio ato normativo originário deste Estado.

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

Quanto ao item 3) Cosméticos, diz que apesar da inconformidade do autuado ao lançamento do crédito tributário, em razão da incidência do adicional do Fundo do Combate e Erradicação da Pobreza sobre as operações com cosméticos, a mesma foi instituída 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 10/03/2016.

Sendo assim, esclarece que as operações com cosméticos passaram a ser tributadas com o adicional de 2%, a partir de 10/03/2016, pois nesta data o mandamento legal descrito entrou em vigor com eficácia plena.

Prossegue esclarecendo que em setembro de 2016 foi publicada a Instrução Normativa nº 05/2016 pelo SAT com o objetivo de relacionar os cosméticos que estariam sujeitos ao referido adicional. Explica que uma Instrução Normativa é um ato administrativo, uma norma complementar. Desta forma, a instrução normativa deve sempre estar em consonância com o ordenamento jurídico, não podendo inovar leis ou decretos, em respeito ao princípio da hierarquia das normas. Então, se a lei em questão normatizou sua vigência para 10/03/2016 é a partir desta data que ela entra definitivamente em vigor.

A simples publicação da instrução normativa não tem o condão de alterar a data que entrou em vigor com plena eficácia a lei a qual ela se refere, pois seria manifestamente uma norma irregular. Caso a Autuada estivesse com alguma dúvida sobre o alcance da palavra “cosméticos” contida na lei, ela poderia ter efetuado uma Consulta formal à SEFAZ. Para isto a Impugnante teve um prazo de 90 dias entre a publicação e a vigência da lei. Esse tem sido o entendimento do CONSEF em suas decisões. Conforme-se observa através do ACÓRDÃO JJF Nº 0166-02/18, emanado da 2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL.

Informa que na prática, no entanto, a Autuada, apesar de estar em sua Defesa alegando a eficácia do referido adicional somente a partir da publicação da IN, efetivamente começou a acrescentar o percentual de 2% nas operações com cosméticos a partir da data designada na lei, conforme se pode ver nos DANFE's acostados ao processo em fls. 187 a 190, ou seja, seguiu a legislação em vigor. Porém, devido à grande quantidade de produtos que compõem o segmento de cosméticos, alguns itens ficaram de fora da alteração efetivada pela Autuada em seus sistemas, sendo estes itens que estão, por ora, sendo cobrados no demonstrativo da fiscalização. Assim, por exemplo, a grande maioria dos esmaltes, batons, cremes, etc. (que são centenas) se adequaram à nova legislação, mas alguns itens ficaram de fora da alteração, continuando com a tributação unicamente de 18%.

Acrescenta que ao se analisar o demonstrativo de cobrança verifica-se que, mesmo após a edição da instrução normativa, as irregularidades, para aqueles itens que não foram alcançados pela alteração nos sistemas, persistiram até o final do exercício fiscalizado, razão pela qual não devem ser acolhidas, as alegações da Autuada.

Concorda com as alegações defensivas relativas ao item 4 - **PRODUTOS ISENTOS** referentes ao produto BP ERVILHA, pois trata-se de ervilha congelada, não cozida, portanto, não perde sua propriedade de estado natural, não devendo constar da infração.

Assim, foram retirados do demonstrativo os seguintes valores do imposto referentes a este produto:

- Ref. 10/2016: R\$21,89;
- Ref. 11/2016: R\$19,70;
- Ref. 12/2016: R\$20,79.

Quanto aos PRODUTOS SUJEITOS À SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA concorda com a exclusão relativa ao item SECRET 269 por tratar-se de bebida refrescante com teor alcoólico de 7,9%, estando enquadrado no regime de substituição tributária nos meses a seguir indicados e os valores referentes ao imposto foram retirados do demonstrativo:

- Ref. 10/2016: R\$123,26;
- Ref. 11/2016: R\$70,85;
- Ref. 12/2016: R\$353,86.

Quanto ao **LOMBO CANAD FT 100G** diz não ser procedente a alegação defensiva informando que a Autuada, inclusive, na quase totalidade das operações de saída desse produto conferiu-lhe tributação normal, existindo uma única ocorrência no mês 12/2016, no valor total da operação de R\$64,80 sem tributação, que está sendo cobrada na presente infração. Por outro lado, durante todo o exercício fiscalizado, as saídas com tributação (vendas a consumidor final) desse produto foram num valor total de R\$3.051,60 (fonte: Escrituração Fiscal Digital da Impugnante).

Diz que como se observa nos DANFE's acostados em fls. 191 a 195 o produto em comento possui tributação normal, e o seu NCM correto é 1601.00.00 – Enchidos e produtos semelhantes, de carne, de miudezas ou de sangue; preparações alimentícias à base de tais produtos – ou seja, não está inserido no Anexo I do RICMS/BA, não estando submetido ao recolhimento antecipado do imposto.

Finaliza comunicando que em decorrência das constatações em relação aos produtos BP ERVILHA 3 e SECRET 269, foi elaborado um novo demonstrativo analítico para o exercício de 2016 e anexado às fls. 196 a 198, reduzindo a Infração 01 de R\$504.757,52 para R\$504.147,17. Este novo relatório em sua integralidade, com discriminação por produto, detalhado por data, denominado “*Infração 1\_IE 00106959\_Novo\_Erro na Aplicação da Alíquota\_2015 e 2016*” está contido no CD-R anexado à fl. 200. Acrescenta que também foi elaborado novo Demonstrativo de Débito e anexado à fl. 199.

Em relação à multa aplicada de 60% esclarece que a mesma está prevista no artigo 42, inciso II, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96, e não há previsão legal que autorize a não aplicação ou redução pleiteada, e falece competência ao autuante para se pronunciar a respeito da ilegalidade ou inconstitucionalidade da mencionada lei.

Rejeita o pedido do sujeito passivo no que diz respeito a aplicação da interpretação mais favorável ao contribuinte caso haja dúvida na interpretação da norma, uma vez que não existem dúvidas quanto à infração imputada, nos termos do artigo 112 do CTN.

Finaliza opinando pela Procedência Parcial do Auto de Infração.

Deu-se ciência do teor da informação fiscal ao contribuinte, e este se manifestou, às fl. 110 a 111, dizendo que a Autoridade Fiscal rejeitou os argumentos preliminares, e no mérito, sugeriu a manutenção do lançamento com relação às operações com leite e cosméticos, e excluindo a cobrança decorrente das operações com ervilha e bebida *secret 269*, reduzindo o Auto de Infração

de R\$504.757,52 para R\$504.147,17. No entanto, a autuação deverá ser integralmente desconstituída pela nulidade, se não, pela improcedência.

No tocante às preliminares de nulidade, o Auditor reforçou que o lançamento cumpriu as exigências legais, o fato é que se prender à escrituração fiscal digital (EFD) é insuficiente para comprovar a infração, e nem exime o Fiscal de apresentar todos os dados necessários à validade da cobrança, por força do art. 2º, § 1º e art. 39, VI do RPAF.

Inclusive, demonstrou-se que a planilha fiscal se refere a documentos fiscais emitidos via equipamento emissor do cupom fiscal (ECF), detalha o código do item comercializado, mas não identifica o equipamento emissor do cupom fiscal, a série ou modelo, nem mesmo o número do cupom, impedindo a verificação da procedência da acusação, especialmente quando o autuante deveria ter apresentado o cupom fiscal e não o fez.

Com isso, independente das informações fiscais transmitidas ao Fisco pelo contribuinte servirem de base para o lançamento, esses dados são indícios, mas não provas absolutas de erro de tributação e de recolhimento a menor do imposto.

Por isso frisa a necessidade do autuante apresentar os cupons fiscais, capazes de evidenciar se a mercadoria efetivamente comercializada estava corretamente tributada e reitera os argumentos defensivos relativos a este item.

Reitera seus argumentos defensivos em relação aos itens leite, cosméticos e quanto ao item LOMBO CANAD FT 100G na NCM diz que o Autuante considerou que o produto está na NCM 2101900 e consequentemente impondo a tributação normal. Contudo, o produto está sujeito à substituição tributária e se adéqua à NCM 0210, conforme consta na planilha fiscal

Dessa forma, sendo antecipado o recolhimento do imposto, não há que prosperar a acusação de falta de recolhimento. Consta no *item 11.25.1 do Anexo I* do RICMS/BA que carnes e demais produtos comestíveis frescos, resfriados, congelados, salgados, em salmoura, simplesmente temperados, secos ou defumados, resultantes do abate de suínos está submetido ao recolhimento antecipado do imposto:

Fala sobre a exorbitância das multas aplicadas e repete os pedidos da inicial.

O autuante se manifesta às fls.222 a 226, ratificando o teor da Informação Fiscal anterior e pede a PROCEDÊNCIA do PAF, com exceção dos valores admitidos anteriormente.

Foi anexado ao PAF extrato do sistema SIGAT desta Secretaria às fls. 230 informando o pagamento no valor histórico de R\$146.447,71.

## VOTO

O sujeito passivo iniciou sua peça defensiva pugnando pela nulidade do Auto de Infração, ao argumento de que não foram apresentados os documentos comprobatórios da infração. Alega que a planilha que deu sustentação à acusação fiscal, se refere a documentos fiscais emitidos via equipamento emissor de cupom fiscal (ECF), e apesar de detalhar o código do item comercializado, não identifica o equipamento emissor do documento fiscal, a série ou modelo, nem mesmo o número do cupom, cerceando o seu direito de defesa, pois ficou impedido de verificar a procedência da acusação.

Não é isto que vejo nestes autos. Como bem esclareceu a autuante ao prestar Informação Fiscal, a auditoria foi efetuada através da Escrituração Fiscal Digital – EFD, e conforme disposto no art. 247 do RAICMS/12. A Escrituração Digital- EFD, se constitui em um conjunto de escrituração de documentos fiscais e de outras informações de interesse dos fiscos das Unidades Federadas e da Secretaria da Receita Federal, bem como no registro de apuração de impostos referentes às operações e prestações praticadas pelo contribuinte.

A partir de sua base de dados, a empresa deverá gerar um arquivo digital de acordo com lei autêntica estabelecido em Ato COTEPE, informando todos os documentos fiscais e outras informações de interesse dos fiscos federal e estadual, referentes ao período de apuração dos impostos ICMS e IPI. Este arquivo deverá ser submetido à importação e validação pelo Programa Validador e Assinador (PVA), fornecido pelo SPED.

O contribuinte deverá manter o arquivo digital da EFD, bem como os documentos fiscais que deram origem à escrituração, na forma e prazos estabelecidos para a guarda de documentos fiscais na legislação tributária, observados os requisitos de autenticidade e segurança nela previstos.

Vale salientar, que é responsabilidade exclusiva do Contribuinte a escrituração fiscal e a remessa dos arquivos magnéticos ao banco de dados da SEFAZ, devendo espelhar com fidedignidade os documentos fiscais, cabendo ao mesmo apontar as divergências, acaso existentes, entre os mencionados documentos fiscais e as informações contidas nos arquivos enviados por meio da EFD. Portanto, desnecessária a apresentação física dos documentos que deram lastro ao presente lançamento, como requerido pela defendente, pois os mesmos são de seu pleno conhecimento, já que foram objeto de lançamento na sua escrituração fiscal digital- EFD.

No que se refere à planilha elaborada pela fiscalização, diferentemente do quanto arguido, observo que as saídas através de ECF foram extraídas da Leitura de Memória de Fita-Detalhe-MFD dos equipamentos emissores de cupons fiscais, fornecidos pelo contribuinte, em atendimento à intimação de fl. 08.

Na referida planilha, foram indicados todos os dados referentes aos cupons fiscais, a exemplo de datas das operações, números dos cupons fiscais, números dos ECFs, códigos de fabricação dos ECFs, códigos dos produtos, descrição dos produtos, valores e respectivas alíquotas.

Assim sendo, não acolho as nulidades arguidas, haja vista a inocorrência de quaisquer das hipóteses previstas no art. 18 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF/99 - aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, capaz de invalidar o ato de lançamento de ofício.

Em relação à perícia requerida, pontuo que esta tem a finalidade de esclarecer fatos eminentemente técnicos, a ser realizada por pessoa que tenha reconhecida habilidade ou experiência técnica na matéria questionada, o que não é o caso dos autos, já que não é necessário conhecimento especializado para o deslinde da questão, razão pela qual fica indeferida, com fulcro no art. 147, inciso II, alínea “a” do RPAF/BA.

No mérito, o contribuinte apresentou defesa reclamando que foi aplicada a alíquota de 17% ao invés de 7% para os produtos LEITE LONGA VIDA, COMPOSTO LACTEO e LEITE EM PÓ. Além disso, foram incluídos no levantamento mercadorias, cujas operações são isentas de ICMS, no caso BP ERVILHA 3 e mercadorias sujeitas ao regime da substituição tributária (SECRET 269 E LOMBO CANAD FT 100G)

O fiscal autuante, na informação, reconheceu equívocos em relação aos produtos BP ERVILHA 3 e SECRET 269. Elaborou novos demonstrativos com a exclusão dos mencionados produtos, passando o valor do imposto de R\$504.757,52, para R\$504.147,17.

Concordo com a revisão efetuada pelo autuante, pois no caso do item BP ERVILHA 3, trata-se de produto *in natura* em estado congelado, não cozido, portanto isento, como arguido pelo sujeito passivo. Quanto ao item SECRET 269, efetivamente estava sujeito ao regime de substituição tributária, conforme item 3.17, do Anexo 1 do RICMS/12, não sendo cabível a exigência de tributação nas saídas, tendo em vista que as mesmas já se encontravam com a fase de tributação encerrada.

Acato a não aceitação pelo autuante dos argumentos defensivos atinentes as demais mercadorias a saber:

*Leite longa vida, leite em pó e composto lácteo:* argumenta o contribuinte, ser improcedente a limitação imposta pelo Estado, por meio de uma carga tributária majorada e diferenciada nas operações interestaduais, pois os artigos 150, V e 152 da CF/88, veda limitações ao tráfego de bens e estabelecimento de diferença tributária entre bens e serviços, em razão de sua procedência ou destino.

No que diz respeito ao argumento de que havendo uma limitação imposta pelo Estado por meio de uma carga tributada majorada e diferenciada, viola a vedação constitucional disposta no art. 150, V, e art. 152 da Carta Magna, cumpre esclarecer que tal apreciação não compete a esse Órgão julgador, conforme previsão expressa do art. 167, I do RPAF/BA, por conseguinte, inócua qualquer decisão nesse sentido.

No tocante à alegação de que o Estado da Bahia não pode aplicar tributação diferenciada na comercialização de leite produzido no Estado e adquirido em outros Estados, observo que o benefício da redução de base de cálculo previsto nos incisos XXV e XXIX, do art. 268 do RICMS/12, vigentes à época dos fatos geradores, dizem respeito exclusivamente às operações internas destas mercadorias, adquiridas de fabricante estabelecido neste Estado, *de forma que a carga tributária corresponda ao percentual de 7%*, afastando a aplicação do benefício ao produto adquirido em outros Estados. Tal benefício, tem como finalidade estimular a produção e circulação desses produtos, e não representa qualquer impedimento à circulação de leite produzido em outros Estados.

Portanto, resta comprovado que o sujeito passivo utilizou o benefício da redução da base de cálculo de forma indevida, estando correto o comportamento fiscal em exigir a aplicação da alíquota cheia na saída do leite longa vida, leite em pó e composto lácteo oriundo de outro Estado.

Quanto à decisão judicial da Ação Anulatória, promovida contra o Estado da Bahia pela Walmart Brasil Ltda., empresa do mesmo grupo empresarial do recorrente, esta não tem efeito vinculativo ao Processo Administrativo Fiscal, ora em análise, sendo específica àquele lançamento de ofício e àquela empresa. Da mesma forma, os precedentes judiciais citados na peça de defesa, proferidos pelo STF (Supremo Tribunal Federal), não são vinculantes para a Administração Pública do Estado da Bahia, visto que esta não figurou em nenhuma das ações citadas como parte.

LOMBO CANAD FT 100G, por não estar sujeito ao regime de substituição tributária previsto no art. item 11.25.1, do Anexo I do RAICMS/12, como pretendido pelo sujeito passivo, tendo em vista que segundo esclarecimentos do autuante, o referido item está classificado na NCM 1601.00.00, - Enchidos e produtos semelhantes, de carne, de miudezas ou de sangue, conforme consta nos DANFES, anexados às fls. 191 a 195, que acobertam operações de transferências de suas filiais, portanto, possuem tributação normal.

Quanto à reclamação do contribuinte em relação ao item cosméticos, de que a cobrança do adicional do Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza, no percentual de 2%, estabelecida no art. 16-A da Lei nº 7.014/96, efeitos a partir de 10/03/16, somente poderia ser exigida a partir de 16/09/2016, em razão da edição da Instrução Normativa SAT nº 5, que definiu os cosméticos que teriam o referido adicional, portanto, antes da referida data não havia qualquer legislação que indicasse os esmaltes, removedor, cremes de pentear, máscaras de cílios, hidratantes, água oxigenada, etc., como sujeitos à tributação diferenciada.

Discordo deste entendimento, pois como bem esclareceu o autuante em sede de Informação Fiscal, o adicional do Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza sobre as operações com cosméticos foi instituído através da Lei nº 13.461, de 10/12/15, que alterou o art. 16-A da Lei 7.014/96, com efeitos a partir de 10/03/16. Portanto, a partir daquela data a alíquota prevista para os **cosméticos**, de 18%, deveria ser acrescida do percentual de 2%, referente ao fundo de combate à pobreza, totalizando a carga tributária de 20%.

Quanto à citada Instrução Normativa nº 05/2016, editada pelo Superintendente de Administração Tributária, com vigência a partir de 10/03/16, constato que a mesma teve como finalidade esclarecer quais os produtos que deveriam ser considerados como cosméticos, para fins de incidência do adicional de 2%.

Até porque a Instrução Normativa é uma norma legal de caráter administrativo, e tem por finalidade detalhar com maior precisão o conteúdo de determinada lei, presente no ordenamento jurídico pátrio, não lhe sendo permitida a inovação do ordenamento, bem como se posicionar contrariamente a ele.

No caso presente, constato que os produtos objeto da exigência, elencados pelo próprio contribuinte em sua peça defensiva, “esmaltes, removedor, cremes de pentear, máscaras de cílios, hidratantes, água oxigenada, etc.” encontram-se listados no referido anexo, não havendo dúvidas de que os mesmos estão sujeitos a tal incidência, desde a alteração promovida no art.16-A da Lei 7.014/96, ou seja, 10/03/2016, razão pela qual, não cabe a exclusão dos valores objeto do presente lançamento.

No que diz respeito à alegação de que a multa aplicada de 60% é abusiva e confiscatória, observo que sua aplicação decorre do descumprimento da obrigação principal e é prevista no artigo 42 da Lei nº 7.014/96, portanto, legal. Quanto ao caráter confiscatório, não pode ser apreciado por este órgão julgador administrativo, a teor do disposto no art. 167, I, do RPAF/99.

Em relação à pretensão do contribuinte de aplicar a decisão mais favorável ao contribuinte entendendo ser inaplicável, em razão de inexistir dúvidas em relação à matéria apreciada.

No que diz respeito ao pedido de cancelamento ou redução da multa imposta, deixo de acatá-lo, visto que esta instância de julgamento não possui competência para decidir sobre pedido de redução ou cancelamento de penalidade por descumprimento de obrigação principal, a teor dos artigos 158 do RPAF/BA.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL no valor de R\$ 504.147,17, conforme demonstrativo de débito à fl. 199 do Auto de Infração, devendo ser homologada a quantia já recolhida.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **281424.0004/19-3**, lavrado contra **BOMPREGO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$504.147,17**, acrescido da multa de 60%, prevista no inciso II, alínea “a”, do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores já pagos.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de janeiro de 2020.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – RELATORA

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR