

A. I. Nº - 281424.0006/19-6
AUTUADO - BOMPREÇO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA.
AUTUANTE - CARLITO NEVES DE LACERDA JÚNIOR
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 15/05/2020

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0050-04/20

EMENTA: ICMS. ALÍQUOTA. ERRO NA APLICAÇÃO. UTILIZAÇÃO DIVERSA DA PREVISTA PELA LEGISLAÇÃO. IMPOSTO RECOLHIDO A MENOS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Restou demonstrado que foram consideradas pelo autuado, em relação às operações de saídas internas com os produtos leite em pó, composto lácteo e leite longa vida, não fabricados no Estado da Bahia, o benefício da redução da base de cálculo não previsto pela legislação tributária em vigor à época da ocorrência dos fatos que deram causa à autuação. Argumentos defensivos acerca da inconstitucionalidade presente na legislação tributária, embasados juridicamente em Decisões de Tribunais Superiores, fogem da competência de apreciação pelo órgão julgador administrativo, ao qual não é permitido negar a aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior. Inclusão do percentual de 2% nas saídas dos produtos cosméticos, possui amparo a partir da edição da Lei nº 13.461/15, efeitos a partir de 10/03/16. Mantida a multa aplicada em face de previsão legal pela legislação tributária estadual. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em referência, lavrado em 19/09/2019, para exigir crédito tributário no valor de R\$208.847,36, em decorrência da seguinte acusação: *“Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas”*.

O autuado ingressou, através de seus patronos, com a Impugnação de fls. 78 a 105, onde após tecer considerações iniciais, passou a arguir a nulidade do Auto de Infração por preterição do direito de defesa ante descumprimento de dispositivo legal e a ausência de comprovação da infração imputada.

A este respeito citou o Art. 2º do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia – RPAF/BA, aprovado pelo Dec. nº 7.629/99, para mencionar que os princípios nele citados foram violados visto que a liquidez do Auto de Infração requer a exibição de todos os dados tendentes à comprovação do valor exigido, com a descrição minuciosa da infração e apresentação dos documentos comprobatórios, possibilitando o exercício do contraditório e da ampla defesa, o que não ocorreu, com violação ao Art. 39, inciso VI do referido Regulamento.

A este respeito citou que a planilha elaborada pelo autuante a título de comprovação da infração, detalha o item comercializado, mas não informa o equipamento emissor do cupom fiscal correspondente impedindo a verificação da procedência da acusação.

Após apontar exemplo colhido na planilha da lavra do autuante, teceu outras considerações a este respeito para afirmar que constatou divergência entre a mercadoria indicada na planilha e a

efetivamente comercializada, para voltar a afirmar que o lançamento incorre em nulidade por ausência de prova da infração, citando decisões oriundas do Tribunal Administrativo Tributário do estado de Pernambuco – TATE, para concluir que, com base no Art. 18, inciso IV “a” do RPAF/BA são nulos os atos proferidos com preterição ao direito de defesa, mencionando, ainda, em seu socorro, duas decisões oriundas deste CONSEF.

Ao ingressar no mérito do lançamento, destacou que a acusação se refere a cálculo equivocado do imposto que deveria ter sido recolhido na saída do produto leite em pó, composto lácteo e leite do tipo longa vida, uma vez que, ora utilizou a carga tributária de 7%, ora utilizou a carga tributária de 12%, quando deveria ser de 17% e 18% (a partir de março de 2016), no período relativo ao ano de 2016.

Esclareceu que entende ser de 7% a alíquota aplicável com relação aos mencionados produtos, contudo, para alguns itens acabou colocando equivocadamente a alíquota de 12%, quando deveria ser de 7%.

Pontuou que a justificativa fiscal para a autuação está no fato de que a legislação estadual Art. 268, incisos XXV e XXIX do RICMS/2012 só permite a redução da base de cálculo para o leite em pó produzido no Estado, 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.

Neste sentido citou lição da lavra de eminente Mestre do Direito, assim como 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, para asseverar que nesse sentido, a solução da lide impõe resposta às seguintes questões:

i) De acordo com a Carta Magna, é lícito aos Estados estabelecer diferença tributária entre bens, de qualquer natureza, em razão de sua procedência?

ii) sendo negativa a resposta supra, é válida regra do Decreto nº 7.826/2000 e, por sua vez, do RICMS, quando cria benefício de redução de base de cálculo para as operações internas com leite, mas limita o benefício aos produtos produzidos no Estado da Bahia?

Pontuou em seguida que a situação posta pelo Estado já foi objeto de análise do Poder Judiciário, em casos semelhantes ao presente, ao tempo em que o MM Juiz da 2ª Vara da Fazenda Pública de Salvador, em 25/08/2014, julgou procedente a Ação Anulatória nº 0375591-23.2013.8.05.0001, promovida pelo Wal Mart Brasil Ltda., empresa do mesmo grupo empresarial do qual faz parte, 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, transcrevendo excerto da Decisão, acrescentando que a sentença proferida nos autos da Ação Anulatória referida foi confirmada pelo Tribunal de Justiça da Bahia, de modo a não haver discriminação tributária (guerra fiscal), cuja ementa transcreveu.

Disse que, do mesmo modo, em setembro/2015, 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 consta no polo ativo da demanda um dos estabelecimentos da sua empresa, decidiu pela impossibilidade da diferenciação de alíquota relativamente ao leite longa vida, entendimento este que considera que deve ser aplicado ao presente caso, transcrevendo também excerto da Decisão, observando, ainda, que o Tribunal de Justiça da Bahia vem confirmando este entendimento, consoante se constata através da Apelação nº 0375591-23.2013.8.05.0001, Quarta Câmara Cível, Relator Desembargador Emílio Salomão, publicado em 12.10.2016.

Acrescentou, também, que no mesmo já se posicionou o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, conforme (TJ-SP, Apelação / Reexame Necessário nº 00374807820118260114, 10ª Câmara de Direito Público, julgado em 08/09/2014, publicado em 10/09/2014) e (TJ-SP, Apelação / Reexame Necessário: 06023402520088260053, 10ª Câmara de Direito Público, julgado em 05/08/2013, publicado em 09/08/2013), cujas ementas transcreveu, pontuando, 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, (STF, ADI 3389 MC, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 29/03/2006, DJ 23-06-2006 PP-00003 EMENT VOL-02238-01 PP-00068 RTJ VOL-00200-01 PP-00064 LEXSTF v. 28, n. 332, 2006, p. 61-69 RT v. 95, n. 853, 2006, p. 125-129), ementa também transcrita.

Asseverou que o RICMS é um diploma legal estadual que não pode se sobrepor ou conflitar com a Constituição ou diploma federal, por garantia do próprio Estado preservando-se de ações judiciais, sobretudo quando a matéria envolvida se encontra pacificada pelos Tribunais, tanto Estaduais como os Superiores e teceu outras considerações jurídicas relacionadas a questão, concluindo este tópico pontuando que em uma situação de conflito de normas a prevalência de uma delas não significa a exclusão da outra, *in casu*, a solução seria utilizar o critério hierárquico, o que significa dizer que a Constituição Federal deva prevalecer sobre a Legislação Estadual, devendo-se, portanto, aplicar a norma local conforme a constituição, sem a necessidade de declará-la inconstitucional.

A este respeito destacou que diante da repercussão gerada, o Estado achou por bem revogar os incisos XXV e XXIX do Art. 268 do RICMS/BA, pertinente à presente discussão, a partir de 01/02/2017, observando que as ocorrências da autuação fiscal em epígrafe com relação aos citados itens foram referentes ao período de 2016, razão pela qual os fatos geradores autuados estavam acobertados pelo benefício da redução de base de cálculo, para concluir que o benefício concedido ao leite em pó e aos compostos lácteos produzidos no Estado da Bahia deve se estender também aos demais Estados, atribuindo-se tratamento igualitário aos produtos beneficiados independentemente da procedência, sendo que, como foram 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.

No que diz respeito aos Cosméticos – Itens sujeitos a alíquota de 18% ao invés dos 20% cobrados na autuação, disse que a diferença de percentual (2%) se deu em razão do que constou na Instrução Normativa nº 05/2016, publicada em 16/09/2016, que *“Relaciona os produtos considerados como cosméticos para efeitos da incidência do adicional do Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza”*, enquanto que o montante destinado ao referido Fundo foi determinado através de uma adição de dois pontos percentuais na alíquota do ICMS, tendo havido, através da citada Instrução Normativa, a inclusão dos cosméticos apenas a partir de setembro de 2016.

Desta forma, aponta que os itens descritos na planilha de autuação COMO VEET CR 180ML MEN AZUL 180ML; CR PENTEAR NATURALS KIDS 150ML; CR DEP CORPORAL KARITE AZULENO 50G; LOCAO HID JOHNSONS 200 ML; COL COR E TON 1.0 P AZUL 1 UN; KOLESTON VERM PAIXAO; MASC NIELY QRATNA 43; CASTING GLOSS BORGON 426; ESMALTE COL BL CREM PELE; BASE RISQUE FORTALEC; HIDR NIVEA MILK SECA 250ML, são todos cosméticos, sujeitos a alíquota de 18% e, apesar de constarem no Anexo Único da Instrução Normativa nº 05/2016, não estavam, à época da sua comercialização afetados pela adição do percentual de 2% na alíquota do ICMS incidente.

Asseverou que tais produtos são classificados como cremes para depilação (NCM/SH 3307.9), cremes nutritivos (NCM/SH 3304.99.1), loções (NCM/SH 3304.99.1), tinturas temporárias para o cabelo (NCM/SH 3305.9), esmaltes (NCM/SH 3304. p3), ó para maquiagem (NCM/SH 3304.91), produtos de maquiagem para os lábios (NCM/SH 3304.1) etc., ao tempo em que, neste contexto, a autuação dos referidos itens, que cobra a diferença relativa ao percentual de 2%, não merece prosperar haja vista que ao tempo do fato gerador, a alíquota aplicável era a de 18%.

Em seguida passou a questionar a multa aplicada no percentual de 60% sobre o valor principal, asseverando que duas são 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.

Neste sentido teceu farta argumentação jurídica visando corroborar seu posicionamento, tendo, inclusive, apresentado em seu socorro diversas decisões oriundas de Tribunais Superiores, para concluir que multas aplicadas de modo desproporcional servem única e exclusivamente como medida usurpadora do patrimônio do contribuinte, e não como medida educadora, razão pela qual requer o reconhecimento da improcedência da autuação, no que atine à multa fixada, ou, subsidiariamente, sua redução a patamar razoável (entre 20% e 30%).

Em seguida invocou o art. 112, do CTN, para que seja levado em consideração também o benefício da dúvida, com aplicação da interpretação mais favorável ao contribuinte, julgando, assim, improcedente o Auto de Infração.

Em conclusão, requereu o reconhecimento e declaração/decretação da nulidade e/ou improcedência da exigência fiscal, diante da impropriedade da exigência fiscal e, sucessivamente, em não sendo acolhido o pedido anterior, seja reduzida ou mesmo afastada a multa aplicada, em respeito ao princípio da razoabilidade, proporcionalidade e do não confisco, requerendo, ainda, que em caso de dúvida se interprete a norma jurídica da forma mais favorável à Impugnante (art. 112 do CTN), e protestou pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, em especial a juntada aos autos de documentos, bem como a realização de perícia técnica a fim de demonstrar a inexistência das irregularidades apontadas em seu desfavor.

O autuante apresentou a Informação Fiscal de fls. 147 a 160, pontuando que em relação ao argumento defensivo de que houve preterição ao seu direito de defesa, ante a não indicação do número do cupom fiscal, restringindo-se a identificação pelo código, diz que não se confirma, pois, é inquestionável a obrigatoriedade da comprovação através de documentos que possam fundamentar a infração, no entanto, 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. 09 a 11, cuja integralidade encontra-se na mídia, tipo DVD-R, de fl.43.

Frisou que todo o trabalho de auditoria que originou a acusação teve por base a Escrituração Fiscal Digital – EFD – do autuado, que é a escrita oficial do estabelecimento e que contém todas as operações de entradas e saídas 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. 43, enquanto que no demonstrativo analítico que demonstra a infração não existe um único dado ou valor que não tenha sido extraído da EFD do autuado, ressaltando 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.

Explicou que não obstante todos os dados que compõe a infração terem sido extraídos da EFD, faz-se imperiosa a necessidade de se demonstrar através de documentos, as operações que originaram a infração em comento e que 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.

Citou que os referidos documentos são extraídos da Leitura de Memória de Fita-Detalhe – MFD dos equipamentos emissores de cupons fiscais, e que, ao compulsar os autos, se pode facilmente observar à fl. 06, que o autuado foi regularmente intimado a apresentar as MFD's de 2016 em 11/07/2019, enquanto que, o autuado, como de praxe, prontamente atendeu a intimação entregando à fiscalização as referidas MFD's, conforme se pode observar nos e-mails de fls. 25 a 27.

Disse que após análise das MFD's entregues pelo autuado, foram extraídos, por amostragem, cerca de 600 operações de saídas através de cupons fiscais, correlacionadas aos produtos indicados no demonstrativo analítico da fiscalização que apresentaram erro na aplicação de

alíquota, sendo, então, elaborada uma planilha com essas operações extraídas da Leitura de Memória de Fita-Detalhe e anexou-se aos autos (fls. 12 a 24), na qual 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.

Ressaltou que a comprovação através de documentos (cupons fiscais) é realizada nos autos sempre 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 e citou Julgamento recente realizado pela 1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL, através do ACÓRDÃO JJF Nº 0137-01/19, que em caso idêntico, em processo da mesma empresa autuada, ratifica o seu entendimento pelo não acolhimento da nulidade pelo autuado.

Observou, em seguida que o autuado também menciona que pode ter ocorrido um erro na elaboração de sua EFD, contudo em sua peça Defensiva a Autuada, das centenas de produtos que compõem a infração, cita dois produtos constantes do demonstrativo da fiscalização que estariam em desacordo com um sistema interno da empresa, e que não foi acostado pelo mesmo, como era de sua obrigação fazê-lo, nenhuma prova de qualquer inconsistência de sua EFD, mas somente um recorte de um possível controle interno.

Salientou que utilizou em seu trabalho de auditoria a Escrituração Fiscal Digital – EFD do exercício de 2016 que é a escrita oficial da empresa onde se estabelece, por exemplo, os produtos com seus respectivos códigos, mais precisamente no Registro 0200, sendo que, ao se analisar o Registro 0200 de sua EFD dos dois produtos citados pela Defesa (fl. 81), constata-se que as descrições dos produtos e os seus respectivos códigos no demonstrativo analítico da fiscalização estão em conformidade com a EFD, conforme se pode verificar abaixo:

EFD – 2016 – IE 001.969.852 – REGISTRO 0200

REGISTRO	CÓD_ITEM	DESC_ITEM	COD_ANT_ITEM	UNID_INV	CÓD_NCM
0200	1-500039246_1	PRES PERU SEARA	0	UN	16023100

Fonte: EFD – 2016 – DVD-R – Fl. 43.

EFD – 2016 – IE 001.969.852 – REGISTRO 0200

REGISTRO	CÓD_ITEM	DESC_ITEM	COD_ANT_ITEM	UNID_INV	CÓD_NCM
0200	1-500163549_1	LEITE COCO DUCOCO	0	LT	20098990

Fonte: EFD – 2016 – DVD-R – Fl. 43.

Sustenta que os dados das tabelas acima podem, a qualquer tempo, ser verificados no DVD-R de fl. 43 (EFD - 2016), inclusive os códigos das NCM's cadastrados na EFD correspondem aos produtos ora analisados, isto significa que inexistente erro no levantamento fiscal apresentado, enquanto que as irregularidades apuradas estão devidamente comprovadas nos autos, e, por tudo quanto foi exposto, não devem prosperar as alegações do autuado em relação à preterição ao direito de defesa.

Ao ingressar aos argumentos de mérito, especificamente em relação as saídas de “Leite Tipo Longa Vida”, “Leite em Pó” e “Composto Lácteo em Pó” a uma carga tributária de 7%, indiscriminadamente, seja fabricado no Estado da Bahia, ou não, assevera que foi infringido 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.

Disse que alega o autuado que há uma “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” e que a Constituição não permite a distinção entre produtos internos e de outros Estados, sendo assim inconstitucional tal diferenciação, uma vez que atropela o princípio da isonomia, mencionando também a

transcrições de decisões judiciais apresentadas pelo autuado a exemplo da ação anulatória nº 0375591-3.2013.08.05.0001, e precedentes judiciais, como aquele que foi proferido pelo STF (Supremo Tribunal Federal) em ação direta de inconstitucionalidade.

A este respeito disse que não lhe cabe 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.

Após transcrever o Art. 268, incisos XXV e XXIX, pontuou que fica evidente, portanto, 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. 09 a 11, atingem frontalmente a norma tributária baiana, pois concedem também o referido benefício aos produtos fabricados fora deste Estado, ao tempo em que, 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 do CTN.

Visando consubstanciar seu argumento citou e transcreveu excertos de julgados deste CONSEF através dos Acórdãos nº 0056-05/14 e 0145-05/16, referindo-se, ainda, a outras decisões julgando procedentes autuações de natureza idêntica ao presente processo e contra a mesma empresa Impugnante, quais sejam: Acórdão 1ª JF nº 0194-01/16, mantido pelo Acórdão nº 0168-12/17- 2ª Câmara de Julgamento e Acórdão 4ª JF nº 0200-04/16, mantido pelo Acórdão nº 0191-12/17 – 2ª Câmara de Julgamento.

No tocante as decisões judiciais trazidas ao processo, disse que se vislumbra 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 firmar jurisprudência sobre o assunto. 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.

Concluiu este tópico asseverando que não devem ser acolhidos os argumentos defensivos concernentes aos produtos “Leite Tipo Longa Vida”, “Leite em Pó” e “Composto Lácteo em Pó”.

Quanto ao item “cosméticos” destacou que o autuado alegou que a cobrança do adicional de 2% sobre estas operações somente passou a ter eficácia depois da Instrução Normativa SAT nº 5, publicada em 17/09/2016, dizendo que “o montante destinado ao referido Fundo foi determinado através de uma adição de dois pontos percentuais na alíquota do ICMS, tendo havido, através da citada Instrução Normativa, a inclusão dos cosméticos apenas a partir de setembro de 2016”.

A este respeito pontuou que 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 isso as operações com cosméticos passaram a ser tributadas com o adicional de 2% (18% + 2%) a partir 10/03/2016, pois nesta data o mandamento legal descrito entrou em vigor com eficácia plena.

Destacou que em 09/2016 foi publicada a Instrução Normativa de nº 05/2016 pelo Superintendente de Administração Tributária com o objetivo de relacionar os cosméticos que estariam sujeitos ao referido adicional, e, como se sabe, uma instrução normativa é um ato puramente administrativo, uma norma complementar administrativa, simplesmente, a qual deve sempre estar em consonância com o ordenamento jurídico, não podendo inovar leis ou decretos, em respeito ao princípio da hierarquia das normas. Portanto, se a lei em questão normatizou sua vigência para 10/03/2016 é a partir desta data que ela entra definitivamente em vigor.

Para consubstanciar seu entendimento citou e transcreveu a decisão emanada deste CONSEF através do Acórdão JF nº 0166-02/18, firmando este entendimento. Concluiu mantendo a autuação.

No tocante aos argumentos defensivos relacionados a multa aplicada no percentual de 60%, salientou que a mesma está amparada pelo art. 42, inciso II, alínea “a” da Lei 7.014/96, e que não há previsão legal que autorize a não aplicação ou a redução pleiteada, falecendo competência ao fisco para se pronunciar a respeito da ilegalidade ou inconstitucionalidade da mencionada lei. Desta maneira, prosseguiu, por haver norma legal em vigor e com eficácia plena não se pode atender à solicitação do autuado.

Quanto ao tópico intitulado “DO IN DÚBIO PRO CONTRIBUINTE” onde o autuado requereu a aplicação da interpretação mais favorável ao contribuinte caso haja dúvida na interpretação da norma, disse que, em seu entendimento, não há como prosperar a aplicação desse princípio, uma vez que não existem dúvidas quanto à infração imputada, nos termos do Artigo 112 do CTN.

Concluiu pugnando que o Auto de Infração seja julgado Procedente.

Constam, às fls. 163 e 164 dos autos relatório de pagamento efetuado pelo autuado relativamente as parcelas reconhecidas no total de R\$32.656,30, valor principal, cujo pagamento total montou no valor de R\$43.734,66.

VOTO

A matéria que se discute nos presentes autos, diz respeito a recolhimento a menos do ICMS, em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista pela legislação tributária vigente à época dos fatos apurados, nas operações de saídas internas, através de Equipamento Emissor de Cupom Fiscal – ECF, durante o exercício de 2016, envolvendo os produtos leite em pó, composto lácteo em pó e leite de gado longa vida fabricados neste Estado, cuja exigência tributária, valor principal, atingiu o montante de R\$208.847,26.

Em sua defesa, o autuado pugnou pela nulidade da autuação ao argumento de que houve preterição ao seu direito de defesa, ante ao descumprimento de dispositivo legal e ausência de comprovação da infração.

Neste sentido, pontuou que o autuante não atendeu ao quanto disposto pelo Art. 39, inciso VI do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia – RPAF/BA, visto que, ao seu entender, não houve a exibição pelo autuante de todos os dados tendentes à comprovação do valor exigido, com a descrição minuciosa da infração e a apresentação dos documentos comprobatórios, sustentando 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.

Por sua vez, o autuante ponderou que a totalidade da infração está representada por vendas à consumidor final, realizadas através de ECF, conforme demonstrativo analítico de fls. 09 a 11, cuja integralidade se encontra na mídia digital, tipo DVD-R fl. 43, cópia entregue ao autuado.

Frisou que a auditoria fiscal foi efetuada através da Escrituração Fiscal Digital – EFD, enquanto que nos demonstrativos analíticos que elaborou, não existe qualquer dado que não tenha sido extraído da EFD do autuado, ressaltando que quando as saídas são realizadas através de ECF, estão totalizadas por mês e por produto, exatamente conforme escriturado na EFD, Registro C425.

Após, destacou que durante o exercício fiscalizado foram exigidos centenas de milhares de cupons fiscais em dezenas de equipamentos, e que o trabalho foi elaborado com base nas MFDs entregues pelo autuado, onde foram extraídos, por amostragem, cerca de 600 (seiscentos) operações de saídas através de cupons fiscais correlacionados aos produtos indicados no demonstrativo analítico da fiscalização.

Vejo que não assiste razão ao autuado em seus argumentos. Isto porque analisando as planilhas elaboradas pelo autuante, considero que estas proporcionam todos os meios para o exercício da

ampla defesa, visto que as operações de saídas através de ECF consideradas pelo autuante, foram extraídas da Leitura de Memória de Fita-Detalhe-MFD dos equipamentos emissores de cupons fiscais, fornecidos pelo autuado, em atendimento à intimação anteriormente encaminhada pelo autuante, nas quais estão 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.

Portanto, não vejo que houve pelo autuante falta de atendimento a quaisquer das normas estabelecidas pelo Art. 39 do RPAF/BA, razão pela qual não acolho os argumentos de nulidade do lançamento suscitados pelo autuado, posto que, inocorreu qualquer das hipóteses previstas no art. 18 do mesmo Regulamento.

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/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, capaz de invalidar o ato de lançamento de ofício.

Isto posto, passo ao exame do mérito da autuação, e, de imediato, indefiro o pedido de perícia formulado pelo autuado, com base no Art. 147, inciso II, alínea “a” do RPAF/BA, visto que se encontram presentes nos autos todos os elementos necessários à formação da minha convicção como julgador.

Desta maneira, vejo que a irresignação do autuado se relaciona à aplicação pelo autuante das alíquotas de 17% e de 18%, ao invés de 7% para os produtos LEITE LONGA VIDA, COMPOSTO LÁCTEO e LEITE EM PÓ. Citou que a justificativa do autuante para respaldar o lançamento está no fato de que a legislação estadual, através do Art. 268 do Regulamento do ICMS/2012, incisos XXV e XXIX, só permite a redução da base de cálculo quando os referidos produtos forem industrializados (produzidos) no Estado da Bahia.

Contestou veementemente a limitação imposta por este Estado, por meio de uma carga tributada majorada e diferenciada nas operações interestaduais, já que, ao seu entender, viola a vedação constitucional disposta no art. 150, V e 152 da Carta Magna, e atropela o princípio da isonomia, razão pela qual, ante ao tratamento diferenciado ao leite produzido fora do Estado da Bahia, em favor daquele produzido internamente, considera ser imperativo a desconstituição da infração.

A este respeito, vejo que o procedimento fiscal tomou por base norma vigente constante da legislação tributária estadual, em vigor à época da ocorrência dos fatos apurados, a qual só permitia a redução da base de cálculo para o leite em pó, composto lácteo e leite tipo longa vida, quando produzido no Estado da Bahia. Assim é que temos:

Art. 268. É reduzida a base de cálculo:

(...)

XXV - das operações internas com leite em pó e composto lácteo em pó, fabricados neste Estado, de forma que a carga tributária incidente corresponda a 7% (sete por cento);

(...)

XXIX - das operações internas com leite de gado tipo longa vida (esterilizado), fabricado neste Estado, de forma que a carga tributária incidente na operação corresponda ao percentual de 7% (sete por cento);

Neste sentido, e apesar de respeitar os relevantes argumentos jurídicos apresentados pelo autuado, considero que o autuante agiu estritamente em consonância com o regramento previsto pela legislação tributária posta, em pleno vigor à época, da qual, tendo em vista sua atividade vinculada, não poderia ignorar, situação esta a que também se submete o órgão julgador administrativo, consoante se depreende da leitura do art. 167, incisos I e III do RPAF/BA, *verbis*:

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

I – a declaração de inconstitucionalidade;

(...)

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

Assim é que, as alegações defensivas a respeito da inconstitucionalidade da norma legal citada, também não podem ser apreciadas por este Colegiado, tendo em vista a vedação constante nos incisos I e III, do artigo 125 do Código Tributário do Estado da Bahia - COTEB, instituído pela Lei nº 3.956/81, a seguir transcritos:

Art. 125. Não se incluem na competência dos órgãos julgadores:

I - a declaração de inconstitucionalidade;

(...)

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

Diante do quanto acima exposto, entendendo que as Decisões Judiciais citadas pelo autuado, todas voltadas a questões interpretativas constitucionais, portanto, à luz do quanto acima exposto, foge da competência dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade na legislação tributária posta. Ademais, 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 este não figurou em nenhuma das ações citadas como parte.

Por outro ângulo, os incisos XXV e XXIX, do art. 268 do RICMS/BA, só foram revogados através do Decreto nº 17.304, de 28/12/2016, com efeitos a partir de 01/02/2017, portanto, os fatos alcançados pela presente autuação se encontram abarcados pela legislação então vigente, logo, neste sentido, devem ser mantidos, em consonância com a farta jurisprudência predominante neste CONSEF, em nível de 2ª Instância, a exemplo dos Acórdãos nº 0299-12/17, 0291-12/17, 0289-12/17, 0265-11/17, 0244-11/16, 0239-11/18 e 229-11/18.

No que diz respeito aos produtos cosméticos, os quais o autuado alega estarem sujeitos à alíquota de 18% e não de 20%, considerado pela autuação, entendeu o autuado que esta diferença de 2% se deu em razão do que constou na Instrução Normativa nº 05/2016, de 16/09/2016, a qual relaciona os produtos considerados como cosméticos para efeito da incidência do adicional do Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza, só prevalecendo, ao seu entender, a inclusão do percentual de 02% nos cosméticos a partir de setembro/2016.

Não assiste razão ao autuado em seu argumento. Isto porque, consoante bem delineado pelo autuante, 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%.

Convém ressaltar, que nenhuma alíquota ou percentual de acréscimo pode ser instituído via Instrução Normativa, a qual, neste caso, teve apenas o papel de esclarecer e delinear quais os produtos que deveriam ser considerados como cosméticos para fim de incidência do adicional de 2%.

Portanto, os produtos alcançados pela exigência tributária relacionados ao percentual de 02% para o Fundo de Combate à Pobreza, estavam sujeitos a tal incidência desde a alteração promovida no art.16-A da Lei 7.014/96, ou seja, a partir de 10/03/2016, razão pela qual, não cabe a exclusão dos valores objeto do presente lançamento, ficando mantida a exigência tributária.

Por fim, não pode ser acolhido o argumento defensivo de que a multa é confiscatória, considerando que estão previstas no artigo 42, inciso II, alínea "a" da Lei nº 7.014/96, e, conforme já mencionado, não compete a este órgão julgador a declaração de inconstitucionalidade da legislação ou a negativa de sua aplicação, nos termos dos incisos I e III, do artigo 125 da Lei nº 3.956/81 (COTEB), acima reproduzidos. Também não há como atender ao pleito do defendente, de cancelamento ou redução da penalidade, em face da incompetência legal deste órgão julgador para apreciá-lo.

Quanto ao pedido do autuado para que seja aplicada a interpretação mais favorável ao contribuinte, com base no art. 112 do CTN, entendendo não ter pertinência tal pleito no presente caso,

já que, não existe dúvida em relação à matéria sob apreciação.

Em conclusão, voto pela PROCEDÊNCIA do presente Auto de Infração, recomendando que sejam homologados os valores já recolhidos, consoante relatórios de fls. 163 e 164.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **281424.0006/19-6**, lavrado contra **BOMPREÇO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$208.847,36**, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, em 10 de março de 2020.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – JULGADORA

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR