

A. I. N° - 281424.0003/19-7
AUTUADO - BOMPREÇO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA.
AUTUANTE - CARLITO NEVES DE LACERDA JÚNIOR
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 05/08/2020

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0086-03/20-VD

EMENTA: ICMS. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Infração comprovada de acordo com o levantamento fiscal. Rejeitada a preliminar de nulidade e indeferido o pedido de diligência fiscal e perícia. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 25/06/2019, refere-se à exigência de R\$346.023,84 de ICMS, acrescido da multa de 60%, em decorrência de recolhimento a menos do ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadoria regularmente escrituradas, nos meses de janeiro de 2015 a dezembro de 2016. Infração 03.02.02.

O autuado, por meio de advogado, apresentou impugnação às fls. 69 a 96, alegando que o lançamento é nulo por cerceamento ao direito de defesa e contraditório em razão da 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, ainda, por ter deixado de apresentar os cupons fiscais a partir dos quais foram retirados os itens do lançamento.

No mérito, alega que é improcede a exigência fiscal, porque o autuante incluiu mercadorias tributadas corretamente, tendo desconsiderado o fato de os produtos autuados possuírem redução de base de cálculo, razão pela qual exige diferença indevida de ICMS.

Em relação à preterição do direito de defesa, afirma que houve descumprimento de dispositivo legal e ausência de comprovação da infração, reproduzindo o art. 2º do RPAF/BA, Decreto nº 7.629/99. Diz que o mencionado princípio foi violado, 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, que reproduziu.

Registra que o autuante informa que a comprovação da exigência se lastreia no demonstrativo fiscal (planilha), cupons fiscais emitidos entre 2015 e 2016 e na escrituração fiscal digital. Porém, o lançamento detalha o código do item comercializado, mas não informa o equipamento emissor do cupom fiscal correspondente, impedindo a verificação da procedência da acusação, especialmente quando o autuante deveria ter apresentado o cupom fiscal e não o fez.

Alega que a identificação do equipamento emissor do cupom fiscal já seria insuficiente à comprovação da infração, pois o autuante tem obrigação de exibir os documentos fiscais. Mas nem isso se forneceu ao contribuinte, impossibilitado 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.

Como consequência da falta de apresentação do cupom fiscal em si, informa que constatou que em alguns casos 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, qual seja, ao item efetivamente comercializado e descrito no cupom fiscal.

Diz que o exercício do direito de defesa resta prejudicado porque o relatório apresentado pelo autuante não corresponde aos cupons, não sabendo o impugnante precisar a origem da divergência. Afirma que as mercadorias efetivamente comercializadas não correspondem àquelas informadas no relatório fiscal, e é possível que o erro tenha ocorrido desde a geração dos arquivos.

Ressalta que 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. Daí a importância de apresentar o cupom fiscal para solução da controvérsia, sendo possível constatar a tributação aplicada à mercadoria efetivamente comercializada.

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

Diz que a 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.

Informa que 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.

Entende que 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. E a liquidez, certeza e segurança jurídica só se perfazem com o levantamento de todos os dados necessários para respaldar a pretensão fiscal.

Diz que essa falha demonstra que o levantamento apresentado pela fiscalização não é suficiente, pois a liquidez e certeza só se comprovam mediante a demonstração de todos os dados que compõem 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.

Menciona o 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.

Afirma que 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 apresentar o débito respaldado em documentos correlatos, caso contrário, desprezará o direito ao contraditório e à ampla defesa constitucionalmente assegurado ao impugnante (art. 5º, LV, da Constituição).

Transcreve o art. 18, II e IV, “a” do RPAF/BA, Decreto nº 7.629/99 e o entendimento do Conselho da Fazenda Estadual da Bahia (CONSEF) em relação à incerteza e falta de liquidez do lançamento, reproduzindo ementas de Acórdãos.

Conclui que se impõe 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 do 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 do impugnante o seu direito de defesa.

Quanto ao mérito, alega improcedência do lançamento.

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 a justificativa fiscal para a autuação está no fato de que o RICMS-BA/2012 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.

Diz ser 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.

Alega que improcede a limitação imposta pelo Estado, atribuindo 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.

Ressalta que diante do art. 1º, da CF/88, percebe-se que o Constituinte estabeleceu um elo de cooperação entre os Estados, para evitar competições predatórias, indiscriminadas e danosas entre os Entes pertencentes à mesma Federação, que implicassem crescimento de um Estado em detrimento de outros, prática essa repelida pela Carta Magna.

Afirma que, por atropelar o pacto federativo, é ilíquida a exigência fiscal, pois o Estado da Bahia, ao impor diferentes situações de tributação para o mesmo produto, está desconsiderando a hierarquia das normas legais vigentes e os princípios basilares do direito.

Diz que 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” Sobre esse dispositivo, reproduz ensinamento do Prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho.

Ressalta 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, o que não pode ser ignorado pela Fiscalização, situação antijurídica que deve ser corrigida por esse órgão julgador.

Apresenta o entendimento de 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 taxa reduzida a 7%.

Afirma que a situação posta pelo Estado já foi objeto de análise do Poder Judiciário em casos semelhantes ao presente, diferindo apenas em relação ao produto (leite longa vida). O 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 impugnante, contra o Estado que exigia o recolhimento a menos de ICMS em razão de suposto erro na aplicação de alíquota cabível nas saídas do referido produto.

Também informa que, recentemente, 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 o próprio impugnante figura no polo ativo da demanda, decidiu pela impossibilidade da diferenciação de alíquota relativamente ao leite longa vida, entendimento que deve ser aplicado ao presente caso.

Diz que o Tribunal de Justiça da Bahia vem confirmando este entendimento, conforme recente acórdão sobre o tema, em caso idêntico ao presente e tendo como parte o impugnante (doc. 03). No mesmo sentido também já se posicionou o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, e 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.

Registra que por desobediência à 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.

Diz 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 Estaduais e nas Cortes Superiores. O legislador estadual visa, única e exclusivamente, à arrecadação. Agindo dessa forma, corre o risco de ultrajar o critério hierárquico das normas, gerando conflitos (norma estadual x norma nacional) a serem sanados pelo Poder Judiciário.

Ressalta que o conflito se encontra estabelecido entre os arts. 1º, 5º, 150, II e V, 152 e 155, II, § 2º, XII, “g”, da CF/88, o Decreto nº 7.826/2000 e o RICMS, que reduziu a base de cálculo para a saída de leite produzido no Estado, de forma que a carga tributária corresponda a 7%. Os diplomas citados são incompatíveis entre si (antinomia), tanto que o Poder Judiciário já se posicionou a favor da impossibilidade de tratamento diferenciado para o mesmo produto, conforme decisões acima mencionadas.

Sobre antinomia, reproduz ensinamento do renomado jurista Norberto Bobbio, e diz que embora a questão encontre-se na esfera administrativa, não deve ser esquecido que todas as normas estão incluídas dentro de um mesmo ordenamento jurídico. Ou seja, tanto a norma estadual quanto a nacional fazem parte de um todo. E é nesse sentido que a norma deve ser apreciada, levando-se em consideração a hierarquia, para a solução justa do litígio, sem maiores entraves e prejuízos.

Afirma que a improcedência se impõe porque, considerando que o Estado da Bahia confere tratamento diferenciado ao leite produzido fora do Estado, em favor do produzido internamente, afronta aos arts. 1º, 5º, 150, II e V, 155, II, § 2º, XII, “g” e 152, todos da Carta da República, dispositivos hierarquicamente superiores à legislação estadual.

Diz que o presente auto de infração se refere 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. O benefício concedido ao leite em pó e aos compostos lácteos produzidos neste Estado 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.

Em relação aos 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...), diz que constam no lançamento operações com cosméticos – batom, hidratante, tonalizante capitar, esmalte, removedor, creme de pentear cabelos, máscaras de cílios, hidratante, dentre outros - pelas quais se teria aplicado alíquota menor que a devida. Afirmar que tal conclusão não procede.

Diz que apesar de a 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.

Ressalta 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.

Diz 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.

Afirmar que o texto literal da Instrução Normativa nº 005, de 16 de setembro de 2016 não deixa dúvidas de que é ato administrativo complementar e, conseqüentemente, fundamental para que a lei produza 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, 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.

O defendente alega, ainda, que se afigura indevido o lançamento também de produto sujeito à substituição tributária, como é o caso do LOMBO CANAD FT 100G.

Afirmar que consta no item 11.25.1 do Anexo 1 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 estão submetidos ao recolhimento antecipado do imposto

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

Observa que mesmo diante da comprovação da insubsistência da exigência fiscal, ainda subsiste mais uma impropriedade, desta vez, com relação à multa aplicada no percentual de 60% sobre o valor principal.

Afirma que duas as razões afastam a possibilidade de aplicação de multa em tal patamar: (i) a ausência de comprovação de flagrante intuito de fraude a justificar a aplicação de multa em tela; e (ii) a exorbitância da penalidade aplicada, em violação ao princípio do não-confisco.

No que atine ao primeiro ponto, alega que penalidades de tal *quilate* dependem da demonstração, a cargo do Fisco, do flagrante intuito de fraude, completamente inexistente no caso em tela.

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

Alega que em casos como tais, os pretórios administrativos entendem pelo afastamento da multa, ou sua desqualificação, reduzindo seu montante. Cita, a título de exemplo, decisão proferida pelo CARF.

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

Também alega 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 (segunda questão), consagrado no art. 150, IV, da Constituição Federal.

Ressalta que, por meio de tal dispositivo, a Constituição veda a utilização do tributo com efeito confiscatório, ou seja, a excessiva onerosidade da atividade fiscal do Estado, a ponto de confiscar-se a propriedade dos contribuintes. Sobre a aplicação de tal princípio, reproduz ensinamento de Ricardo Corrêa Dalla, em sua obra “Multas Tributárias”.

Também menciona o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, citando como exemplo, o acórdão proferido na ADI 1075, e diz que em julgados ainda mais recentes, o STF mantém seu posicionamento.

Requer, de logo, o reconhecimento da improcedência da autuação, no que atine à multa fixada, ou, subsidiariamente, para sua redução a patamar razoável (entre 20% e 30%).

Entende, ainda, que deve ser levado em consideração também o benefício da dúvida. Diz que o art. 112, do CTN é claro ao afirmar que em caso de dúvida a interpretação da norma jurídica deve favorecer ao contribuinte. Diz que assim também entendem os Tribunais Superiores, conforme decisões que citou.

Conclui que, pelo desenvolvimento dos argumentos defensivos, evidencia-se a certeza do impugnante em ver desconstituído o Auto de Infração, seja por sua nulidade ou improcedência. Se alguma dúvida restar, 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.

Por fim, requer o impugnante o reconhecimento e declaração/decretação de nulidade e/ou improcedência da exigência fiscal, diante da sua impropriedade.

Sucessivamente, o impugnante pede, 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. Em caso de dúvida se interprete a norma jurídica da forma mais favorável ao impugnante (art. 112 do CTN).

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

O autuante presta informação fiscal às fls. 150 a 162 dos autos. Diz que o impugnante inicia sua Defesa alegando que o autuante não apresentou os documentos comprobatórios da infração,

impedindo, desta forma, o exercício pleno do contraditório e da ampla defesa, afirmando que o autuante sequer indicou o número do cupom fiscal, restringindo-se à identificação do produto pelo código.

Diz que tais afirmações não representam a realidade, sendo 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 – ECFs, conforme demonstrativo analítico de fls. 12 a 14, cuja integralidade encontra-se na mídia, tipo DVD-R, à fl. 34.

Informa que todo o trabalho de auditoria que originou esta infração teve por base a Escrituração Fiscal Digital – EFD – do 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. 34.

Também informa 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 pelo defendente 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.

Não obstante todos os dados que compõem a infração terem sido extraídos da EFD do impugnante, entende ser 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.

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 à fl. 08, que o impugnante foi regularmente intimado a apresentar as MFDs de 2016 em 05/06/2019. O autuado, como de praxe, prontamente atendeu a intimação entregando à fiscalização as referidas MFDs, conforme se pode observar no e-mail de fl. 09.

Informa que após análise das MFDs entregues pelo Contribuinte, foram extraídas, por amostragem, mais de 400 operações de saída através de cupons fiscais, correlacionadas aos produtos indicados no demonstrativo analítico da fiscalização que apresentaram erro na aplicação de alíquota.

Elaborou-se, então, uma planilha com essas operações extraídas da Leitura de Memória de Fita-Detalhe e anexou-se aos autos (fls. 14 a 22). 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 ECFs, os códigos de fabricação dos ECFs, 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.

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

Em relação às 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, diz que foi infringido o art. 268, Incisos XXV e XXIX, do RICMS-BA/2012, que concede redução de base de cálculo, reduzindo a carga tributária a 7% apenas aos produtos fabricados neste Estado.

Comenta sobre as alegações defensivas e 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.

Entende ser evidente que para 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. 12 a 14, estão conforme a norma tributária baiana. 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.

Também afirma que 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.

Ressalta que o entendimento do CONSEF está plenamente consolidado em reiteradas decisões sobre este assunto. Por exemplo, a 5ª Junta de Julgamento Fiscal, em decisão através do Acórdão JJF Nº 0145-05/16, julgando caso idêntico da empresa autuada ratifica o entendimento do autuante.

Menciona outras recentes decisões, todas julgando procedentes autuações de natureza idêntica ao presente processo e contra a mesma empresa impugnante: Acórdão nº 0168-12/17- 2ª Câmara de Julgamento Fiscal e Acórdão 4ª JJF Nº 0200-04/16, mantido pelo Acórdão nº 0191-12/17 – 2ª Câmara de Julgamento.

Informa que 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 firmar jurisprudência sobre o assunto.

Acrescenta que 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.

Conclui que não devem ser acolhidos os argumentos do impugnante concernentes aos produtos “Leite Tipo Longa Vida”, “Leite em Pó” e “Composto Lácteo em Pó”.

Em relação aos cosméticos, diz 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.

Afirma que 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.

Ressalta que em setembro de 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.

Frisa que uma instrução normativa é um ato puramente administrativo, uma norma complementar administrativa, simplesmente. 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.

Assegura que a simples publicação da instrução normativa não tem o condão de alterar a data que entrou em vigor a lei a qual ela se refere, pois seria manifestamente uma norma irregular. Caso o autuado estivesse com alguma dúvida sobre o alcance da palavra “cosméticos” contida na lei, ele poderia ter efetuado uma Consulta formal à SEFAZ. Para isto o impugnante teve um prazo de 90 dias entre a publicação e a vigência da lei.

Informa que esse tem sido o entendimento do CONSEF em suas decisões. É o que se pode observar o ACÓRDÃO JJF Nº 0166-02/18, emanado da 2ª Junta de Julgamento Fiscal.

Também informa que, na prática, apesar de o autuado contestar, começou a acrescentar o percentual de 2% nas operações com cosméticos a partir da data designada na lei, conforme se pode ver nos DANFEs acostados ao processo em fls. 137 a 141, ou seja, seguiu inicialmente 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 pelo autuado em seus sistemas, sendo estes itens que estão, por ora, sendo cobrados no demonstrativo da fiscalização. 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. Conclui que não devem ser acolhidas as alegações defensivas.

Sobre os produtos enquadrados na sistemática da substituição tributária, afirma que não são procedentes as alegações do impugnante. O autuado, 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\$32,40 sem tributação, que está sendo cobrada na presente infração. Informa que durante todo o exercício fiscalizado, as saídas com tributação (vendas a consumidor final) desse produto foram num valor total de R\$ 4.017,95, conforme Escrituração Fiscal Digital do autuado.

Observa que de acordo com os DANFEs acostados às fls. 142 a 149, 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 1 do RICMS/BA, não estando submetido ao recolhimento antecipado do imposto. Conclui que o item LOMBO CANAD FT 100g está sendo cobrado com correção.

Diz que o defendente requereu a improcedência da infração, no que atine à multa fixada ou, subsidiariamente, sua redução a patamar razoável (entre 20% e 30%), afirmando que a multa de 60% é confiscatória.

Salienta que a referida multa está amparada pelo artigo 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. Assim, por haver norma legal em vigor e com eficácia plena, diz que não se pode atender à solicitação do defendente.

Sobre o pedido apresentado pelo defendente para aplicar da interpretação mais favorável ao contribuinte caso haja dúvida na interpretação da norma, diz que não há como prosperar a aplicação desse princípio, uma vez que não existem dúvidas quanto à infração imputada ao autuado, nos termos do artigo 112 do CTN.

Por fim, observa que em virtude de o autuado não ter trazido ao processo elementos que pudessem elidir a acusação fiscal, solicita que seja o presente Auto de Infração julgado procedente em sua plenitude.

VOTO

O autuado alegou que o lançamento é nulo pelo cerceamento ao direito de defesa, já que não há comprovação da infração, por ter a planilha do levantamento fiscal deixado de identificar o cupom fiscal correlativo ao produto comercializado com suposto erro de alíquota; e ainda por ter deixado de apresentar os cupons em si que deram origem ao lançamento.

Afirmou que houve descumprimento de dispositivo legal e ausência de comprovação da infração, reproduzindo o art. 2º do RPAF/BA, Decreto nº 7.629/99. Disse que 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, que reproduziu.

Registrou que o autuante informa que a comprovação da exigência se lastreia no demonstrativo fiscal (planilha), cupons fiscais emitidos entre 2015 e 2016 e na escrituração fiscal digital. Porém, o lançamento detalha o código do item comercializado, mas não informa o equipamento emissor do cupom fiscal correspondente, impedindo a verificação da procedência da acusação, especialmente quando o autuante deveria ter apresentado o cupom fiscal e não o fez.

Observe que a autoridade administrativa que constituir o crédito tributário pelo lançamento deve identificar o sujeito passivo e propor a aplicação de penalidade cabível (art. 142 do CTN), e de acordo com o art. 39, inciso I do RPAF/BA, o Auto de Infração conterá a identificação, o endereço e a qualificação do autuado. No caso em exame, o autuado está devidamente identificado à fl. 01 do PAF, constando a sua inscrição estadual, CNPJ, e endereço, inexistindo qualquer dúvida quanto à sua qualificação.

Na informação fiscal, o autuante disse que a totalidade da infração está representada pelas vendas a consumidor final, realizadas através de equipamentos emissores de cupons fiscais – ECFs, conforme demonstrativo analítico de fls. 12 a 14, cuja integralidade encontra-se na mídia, tipo DVD-R, à fl. 34 do PAF.

Informou que todo o trabalho de auditoria que originou esta infração teve por base a Escrituração Fiscal Digital – EFD – do 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. 34.

Constata-se que a autuação fiscal está embasada nos demonstrativos elaborados pelo autuante, de acordo com a Escrituração Fiscal Digital e documentos fiscais emitidos pelo defendente, tendo sido fornecidas cópias dos mencionados demonstrativos ao autuado. Quanto ao argumento defensivo de que o autuante deixou de apresentar os cupons fiscais que deram origem ao lançamento e indicar os ECFs, observe que tais elementos apresentam relação com o levantamento fiscal, e se tratam fatos vinculados à escrituração comercial e fiscal ou a documentos que estão na posse do autuado, não houve prejuízo para a defesa, e não se constatou no presente processo, necessidade de promover a busca desses documentos.

Os elementos contidos nos autos são suficientes para a formação do convencimento dos julgadores, cabendo ao defendente comprovar suas alegações, sendo inadmissível a realização de diligência ou perícia quando destinada a verificar fatos e documentos que estão na posse do Contribuinte, e a prova pretendida não depende do conhecimento especial de técnicos, além de não serem necessárias outras provas para as conclusões acerca da lide.

O procedimento fiscal visa apurar a correta aplicação da legislação, utilizando-se Roteiros de Auditoria, que são instrumentos pelos quais se definem as etapas dos serviços a serem executados pela fiscalização, mediante uma sequência lógica, podendo verificar livros e documentos fiscais e efetuar levantamento de dados, inclusive em outras fontes.

Atualmente, utiliza-se a Escrituração Fiscal Digital – EFD que 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 EFD substitui os seguintes livros: i) Registro de Entradas; ii) Registro de Saídas; iii) Registro de Inventário; iv) Registro de Apuração do ICMS; v) documento Controle de Crédito de ICMS do Ativo Permanente – CIAP.

Se o levantamento fiscal é efetuado com base em dados fornecidos pelo autuado por meio dos arquivos eletrônicos, a correção de tais arquivos é de responsabilidade do contribuinte e tais registros devem refletir os dados constantes nos documentos fiscais relativos às entradas, saídas e estoque de mercadorias. Portanto, no caso de inconsistências, compete ao contribuinte informar e corrigir os erros.

Rejeito a preliminar de nulidade, haja vista que a descrição dos fatos no presente Auto de Infração foi efetuada de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada, relativamente à irregularidade apurada, não foi constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos.

O autuado entendeu os cálculos, se defendeu e apresentou impugnação ao lançamento, tratando dos fatos que ensejaram a exigência fiscal, citando parcelas que entende serem computadas com inconsistências, se referindo ao levantamento fiscal. Assim, constato que o PAF está revestido das formalidades legais, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF-BA/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento.

Quanto à alegação defensiva de que há necessidade da realização de diligência ou perícia, fica indeferido o pedido com base no art. 147, incisos I, “a” e “b” e II, “a” e “b” do RPAF-BA/99, tendo em vista que os elementos contidos nos autos são suficientes para análise do mérito da autuação e conclusões acerca da lide, e não depende de conhecimento especial de técnicos. Diante do levantamento fiscal e com base nos documentos acostados aos autos, cujas cópias foram fornecidas ao autuado, mediante recibo, não se constatou qualquer dúvida quanto à correção dos demonstrativos elaborados pelo autuante, por isso, indefiro o pedido de diligência fiscal e perícia formulado pelo autuado em sua impugnação.

Quanto ao mérito, o presente auto de infração trata de recolhimento a menos do ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadoria regularmente escrituradas, nos meses de janeiro de 2015 a dezembro de 2016, constando na descrição dos fatos, que o demonstrativo e documentos que fundamentam esta infração encontram-se no Anexo 1, cujas cópias foram entregues, mediante recibo, ao representante legal do estabelecimento em mídia tipo DVD-R.

O defendente alegou que é improcede a exigência fiscal, porque o autuante incluiu mercadorias tributadas corretamente, tendo apresentado argumentos quanto às mercadorias, alegando inclusive, inconstitucionalidade da legislação tributária deste Estado.

Contestou a inclusão no levantamento fiscal de produtos com erro na adoção da alíquota 7%, ao invés de 17%. Produto leite do tipo longa vida, composto lácteo e leite em pó.

Disse que a justificativa fiscal para a autuação está no fato de que o RICMS-BA/2012 só permite a redução da base de cálculo para o leite em pó, composto lácteo e leite do tipo longa vida produzidos no Estado, nos termos do art. 268.

Alegou que improcede a limitação imposta pelo Estado, atribuindo 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.

Afirmou que, por atropelar o pacto federativo, é ilícita a exigência fiscal, pois o Estado da Bahia, ao impor diferentes situações de tributação para o mesmo produto, está desconsiderando a hierarquia das normas legais vigentes e os princípios basilares do direito.

O autuante informou que em relação às saídas de “Leite Tipo Longa Vida”, “Leite em Pó” e “Composto Lácteo em Pó” o autuado aplicou uma carga tributária de 7%, indiscriminadamente, seja fabricado no Estado da Bahia, ou não. Disse que foi infringido o art. 268, Incisos XXV e XXIX, do RICMS-BA/2012, que concede redução de base de cálculo, reduzindo a carga tributária a 7% apenas aos produtos fabricados neste Estado.

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);

Afirmou 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.

Concordo como posicionamento do autuante em relação ao questionamento do autuado quanto à constitucionalidade da legislação estadual, considerando que estando previsto na legislação deste Estado, não se inclui na competência deste órgão julgador, a declaração de inconstitucionalidade da legislação estadual, nos termos do art. 167, I, do RPAF-BA/99, aprovado pelo Decreto nº 7.269/99.

Em relação às decisões judiciais citadas pelo autuado em suas razões de defesa, ressalto que decisões judiciais e administrativas de outros órgãos, não podem servir de amparo para alterar o entendimento aqui externado.

O defendente também alegou 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. Afirmou que tal conclusão não procede.

Disse que apesar de a 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.

Ressaltou 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, concluindo 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.

O autuante afirmou 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.

Art. 16-A. As alíquotas incidentes nas operações e prestações indicadas no inciso I do art. 15, com os produtos e serviços relacionados nos incisos II, IV, V e VII do art. 16, serão adicionadas de dois pontos percentuais, cuja arrecadação será inteiramente vinculada ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza.

Parágrafo único. Em relação ao adicional de alíquota de que trata este artigo, observar-se-á o seguinte:

I - incidirá, também, nas operações com álcool etílico hidratado combustível (AEHC), cosméticos, isotônicos, energéticos, refrigerantes, cervejas e chopes;

Disse que 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. Em setembro de 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.

Não acato a alegação defensiva, considerando que a Instrução Normativa não cria nem amplia obrigações, tendo em vista que tem o cunho meramente orientador, para facilitar o cumprimento das determinações legais. Neste caso, podem ser aplicadas as orientações sem prejuízo para o contribuinte e para o Fisco, inexistindo dúvidas de que a Instrução Normativa não tem por objetivo alterar a norma legal e sua vigência, por se tratar de ato normativo complementar.

Portanto, as regras estabelecidas na mencionada Instrução Normativa se aplicam nos casos em que se apure a comercialização com cosméticos a partir da alteração do art. 16-A da Lei nº 7.014/96, com efeitos a partir de 10/03/16, que não condicionou a sua vigência à publicação de uma norma infra legal, de caráter administrativo, para orientar o cumprimento do dispositivo legal a que se refere.

O defendente alegou, ainda que se afigura indevido o lançamento também de produto sujeito à substituição tributária, como é o caso do LOMBO CANAD FT 100G.

Afirmou que consta no item 11.25.1 do Anexo 1 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 estão submetidos ao recolhimento antecipado do imposto. Por isso, entende que sendo antecipado o recolhimento do imposto, não há que prosperar a acusação de falta de recolhimento.

Na informação fiscal, o autuante esclareceu que constatou uma única ocorrência no mês 12/2016, no valor total da operação de R\$32,40 sem tributação, que está sendo cobrada na presente infração.

Ressaltou que de acordo com os DANFEs acostados às fls. 142 a 149, 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 1 do RICMS/BA, não estando submetido ao recolhimento antecipado do imposto.

Observe que a legislação indica a descrição dos produtos que deve ser analisada em conjunto com a posição do código da NCM. Neste caso, a descrição constante nos documentos fiscais emitidos por contribuintes deve corresponder ao que está previsto na legislação correlacionando com a tabela referente aos códigos da NCM, para se comprovar se determinado produto encontra-se, ou não, enquadrado naquele item da referida tabela e, se for o caso, no regime de substituição tributária. Dessa forma, em relação à obrigação de o contribuinte fazer a retenção ou antecipação do ICMS quanto às mercadorias enquadradas no mencionado regime de substituição tributária, devem ser considerados os produtos que apresentem a mesma especificação e respectiva NCM, e não importa a intenção do legislador ao estabelecer tal especificação.

O item 11.25.1 do Anexo 1 do RICMS-BA/2012, mencionado pelo defendente, se refere a carnes e demais produtos comestíveis frescos, resfriados, congelados, salgados, em salmoura, simplesmente temperados, secos ou defumados, resultantes do abate de suíno NCM/SH 0203 0206 0209 0210.1 0210.99 1501. Neste caso, a mercadoria constante nos DANFEs, conforme mencionado pelo autuante, LOMBO CANAD FT 100g (NCM 1601.00.00) não está submetida ao sistema de apuração por antecipação, por isso, concordo com as conclusões do autuante.

O defendente ressaltou que mesmo diante da comprovação da insubsistência da exigência fiscal, ainda subsiste mais uma impropriedade, desta vez com relação à multa aplicada no percentual de 60% sobre o valor principal.

Afirmou que duas as razões afastam a possibilidade de aplicação de multa em tal patamar: (i) a ausência de comprovação de flagrante intuito de fraude a justificar a aplicação de multa em tela; e (ii) a exorbitância da penalidade aplicada, em violação ao princípio do não-confisco.

Quanto à multa decorrente da autuação, que foi objeto de contestação pelo autuado, a sua aplicação é consequência da falta de recolhimento espontâneo do imposto, o que resultou na lavratura do presente Auto de Infração, tendo sido indicado corretamente o percentual de 60%, conforme estabelece o art. 42, inciso II, alínea “a” da Lei 7.014/96.

Vale ressaltar, que esta Junta de Julgamento Fiscal não tem competência para apreciar pedido de redução ou cancelamento de multa decorrente de obrigação principal, e como já mencionado neste voto, não cabe a este órgão julgador, a declaração de inconstitucionalidade da legislação estadual, nos termos do art. 167, I, do RPAF-BA/99, aprovado pelo Decreto nº 7.269/99.

O autuado apresentou o entendimento de que, deve ser levado em consideração também o benefício da dúvida. Disse que o art. 112, do CTN é claro ao afirmar que em caso de dúvida a interpretação da norma jurídica deve favorecer ao contribuinte. Disse que assim também entendem os Tribunais Superiores, conforme decisões que citou.

Entretanto, como esclareceu o autuante, não há como aplicar o referido princípio, uma vez que não existem dúvidas quanto à infração imputada ao autuado, ficando indeferida a solicitação do defendente.

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

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **281424.0003/19-7**, lavrado contra **BOMPREGO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$346.023,84**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores pagos, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Sala virtual das Sessões do CONSEF, 04 de junho de 2020.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – JULGADOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA