

PROCESSO	- A. I. N° 281424.0007/19-2
RECORRENTE	- BOMPREÇO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA.
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 3ª JJF n° 0097-03/20-VD
ORIGEM	- IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO	- INTERNET: 1º/10/2021

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0247-12/21-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. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário, interposto em razão do acórdão proferido pela 3ª JJF n° 0097-03/20-VD, que julgou Procedente o presente Auto de Infração, lavrado em 19/08/2019, para exigir o valor de R\$300.334,05, 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 mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de janeiro a dezembro de 2016. Infração 03.02.02.

A 3ª JJF dirimiu a lide com base no voto condutor abaixo transscrito, julgando Procedente o presente Auto de Infração:

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 n° 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.

Registrhou 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.

Observo 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.

Informou que todo o trabalho de auditoria que originou esta infração teve por base a Escrituração Fiscal Digital – EFD – do defendant, 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 defendant, tendo sido fornecidas cópias dos

mentados 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, observo 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, cuja cópia não acostada aos autos, não prejudica a defesa, e não foi constatada no presente processo, a necessidade de promover a busca desses documentos.

Os elementos contidos nos autos são suficientes para a formação do convencimento dos julgadores, cabendo ao defendant 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 Fiscalização, 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 às irregularidades apuradas, 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/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 defendant 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 produzido 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 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.

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, 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.

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 externado no presente voto.

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

Afirmou que duas 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 constitucionalidade 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. Diz 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 defensor.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

A recorrente interpôs Recurso Voluntário. No tocante às preliminares de nulidade, diz que o fato de as informações terem sido extraída de documentos fiscais emitidos pela recorrente, este fato não exime o Autuante de apresentar todos os dados necessários à validade da cobrança, por força do art. 2º, § 1º e art. 39, VI do RPAF, sob pena de não comprovar a infração, como no caso em tela.

Salienta que o Autuante informa que parte da comprovação da exigência se lastreia no demonstrativo fiscal (planilha), escrituração fiscal digital relativo ao período de 2016 e leitura de memória de Fita-Detalhe – MFD – Exercício 2016. Porém, no demonstrativo fiscal, o Autuante detalha o código do item comercializado, mas não identifica o número do cupom, impedindo a verificação da procedência da acusação, especialmente quando deveria ter apresentado o cupom fiscal e não o fez. Veja trecho da planilha fiscal como exemplo:

[Demonstrativo da fiscalização]

DATA	ESP DOC	CFOP INFORM	COD ITEM	DESC ITEM
31/01/2016	CF	5102	1-000000316717	ERVA DOCE KITANO 40g
31/01/2016	CF	5102	1-000000316806	OREGANO KITANO 3G
31/01/2016	CF	5102	1-000000316814	OREGANO KITAPACK KITANO 10G
31/01/2016	CF	5102	1-000000316920	ALECRIM KITANO PET 28G
31/01/2016	CF	5102	1-000000317527	MANGERICAO DESIDRATA KITANO 7G

Entende que, independentemente de as informações fiscais terem sido apresentadas ao Fisco pelo contribuinte e servirem de base para o lançamento, os dados são indícios, mas não provas absolutas de erro de tributação e de recolhimento a menor do imposto.

Aponta que 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.

Ressalta que, em consequência da falta de apresentação do cupom fiscal propriamente dito, como exige a legislação, 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, deixar de analisar a tributação aplicada ao item efetivamente comercializado e descrito no cupom fiscal.

Menciona que o exercício do direito de defesa resta prejudicado porque o relatório apresentado pelo Autuante não corresponde aos cupons, não sabendo o Recorrente precisar a origem da divergência.

Recorda 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, afirmando representar o caso presente.

Neste sentido, considerando o art. 142 do CTN, e o art. 18, II, IV, “a” do Decreto nº 7.629/99, pugna-se que seja acolhido o presente Recurso e decretada a nulidade do procedimento de lançamento em comento, uma vez que a insegurança repercuta no amplo direito de defesa do Recorrente, conforma já decidiu este Tribunal Administrativo.

No mérito, menciona que a justificativa fiscal para a autuação, portanto, está no fato de que a legislação estadual só permite a redução da base de cálculo para o leite longa vida e semelhantes, produzido no Estado, tendo o Recorrente calculado de forma equivocada o imposto que deveria ter sido recolhido na saída do produto leite longa vida, uma vez que utilizou a carga tributária de 7% quando deveria ser de 17% e 18%, pois que os produtos autuados não foram fabricados no Estado da Bahia, transcrevendo o texto do dispositivo.

Aponta que a partir de fevereiro de 2017 as legislações foram revogadas, contudo, 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.

Pede a aplicação da Constituição Federal, norma hierarquicamente superior à legislação baiana e a qualquer outra norma, visto que, retirar do processo administrativo a análise da constitucionalidade de qualquer norma jurídica é limitar o direito à ampla defesa do litigante, assegurado por nossa Constituição.

Tendo em vista que o RICMS/BA é um diploma legal estadual que não pode se sobrepor ou conflitar com a Constituição ou diploma federal, 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, principalmente quando há, no judiciário, forte entendimento em favor do Recorrente. Traz julgados.

Diz que há, em razão da limitação imposta, frontal violação ao critério hierárquico das normas, que se encontra estabelecido entre arts. 1º, 5º, 150, II e V, 152 e 155, II, § 2º, XII, “g” da CF/88, e 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%.

Requer seja reconhecido que a partir dos argumentos postos que as normas trazidas são incompatíveis entre si (antinomia). Tanto o são que o Poder Judiciário já se posicionou a favor da impossibilidade de tratamento diferenciado para o mesmo produto, conforme decisões acima transcritas.

Contesta que o argumento utilizado pela decisão recorrida é falho na medida em que o benefício continua a restringir e a discriminar os demais estados da federação, incentivando e potencializando ainda mais a guerra fiscal entre os estados, inclusive discriminando regiões mais precárias do país.

Conclui 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.

Diante do exposto, aduz que 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.

Quanto aos cosméticos, afirma que a própria Instrução Normativa possui comando que indica 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”*.

Menciona que a Lei nº 13.461/2015 indicou de forma genérica que os cosméticos passariam a ter adicional de 2%, mas não indicou o que poderia, para fins legais, ser considerado como tal. Complementa afirmando que para isso, foi preciso a edição da instrução normativa em comento, que passou a relacionar os produtos, e a mesma só esteve em vigor a partir de setembro de 2016.

Observe-se que se fosse aplicar o percentual a partir da edição da lei para todos os cosméticos, indistintamente, sequer seria necessária a edição da Instrução Normativa. E em que pese os produtos relacionados pelo contribuinte estar contido no Anexo Único da Instrução Normativa SAT 5/2016, tem-se que o fato gerador ocorreu quando não havia definição se tais produtos seriam, para fins legais, considerados **cosméticos**, motivo pelo qual os valores em exigência referentes aos fatos geradores ocorridos até 16/09/2016 deverão ser excluídos da autuação.

Com relação à redução da multa aplicada, contesta o argumento de que o exame de constitucionalidade das leis e dos atos normativos está reservado ao Poder Judiciário, e que, por constituírem-se órgãos administrativos, os julgadores devem homenagem ao princípio da legalidade.

Faz analogia, afirmando que a própria Constituição Federal autoriza aos três “Poderes” da República o exercício de funções que não são primordiais e que, em tese, seriam afetas aos outros poderes. Afirma que dentro desta perspectiva, utilizando-se dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, é que se deve afastar a possibilidade de aplicação de multa no percentual de 60%: (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.

Diz 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.

Traz julgados do STF.

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

Requer seja levado em consideração também o benefício da dúvida. Assim, em caso de dúvida, de acordo com a determinação contida no art. 112 do CTN, que se aplique a interpretação mais favorável ao Contribuinte, declarando-se a improcedência do Auto de Infração em combate.

Este é o relatório.

VOTO

Saliento que o presente Recurso Voluntário é praticamente a cópia fiel da peça apresentada em outro Auto de Infração, no qual também figurei como relatora. Os referidos autos, lavrados contra o mesmo contribuinte, reclamam crédito tributário em decorrência de suposto recolhimento a menor do ICMS, em razão da aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de janeiro a dezembro de 2016.

Ressalto, portanto, que as teses de defesa trazidas no presente Recurso, foram todas também enfrentadas naquela oportunidade.

Salienta a recorrente, que o Autuante informa que parte da comprovação da exigência se lastreia no demonstrativo fiscal (planilha), escrituração fiscal digital relativa ao período de 2016, e leitura de memória de Fita-Detalhe – MFD – Exercício 2016. Porém, no *demonstrativo fiscal*, o Autuante detalha o código do item comercializado, mas não identifica o número do cupom, impedindo a verificação da procedência da acusação, especialmente quando deveria ter apresentado o cupom fiscal e não o fez.

Entende, que independentemente de as informações fiscais terem sido apresentadas ao Fisco pelo contribuinte e servirem de base para o lançamento, os dados são indícios, mas não provas absolutas de erro de tributação e de recolhimento a menor do imposto.

Analizando a mídia acostada à fl. 43, verifico que consta o Demonstrativo Elaborado pelo Fiscal autuante, Demonstrativo Leitura de Memória de Fita Detalhe, assim como a EFD do contribuinte.

Se analisado o Demonstrativo de Memória de Fita Detalhe, é possível constatar que lá constam inseridos todos os dados extraídos para a elaboração do “Demonstrativo Débito a Menor em Operações com ECF”, sendo certo afirmar, que estão presentes o número das máquinas da ECF utilizadas, o número do cupom, os dados dos produtos, dentre outros elementos conforme abaixo exemplificado:

COD_EMPRESA	COD_ESTAB	COD_CAIXA_ECF	NUM_COO	DATA_EMISSAO	COD_PRODUTO	DESCRICAO	COD_NBM	COD_FABRICACAO_ECF	QTDE	QTDE_CANC	COD_MEDIDA	VLR_UNIT	VLR_LIQ_ITEM	VLR_BASE	VLR_ALIQ	VLR_ICMS
6	579	78	205954	04/01/2016	316806	OREGANO KITANO 3G	12119010	IB031400000008275199	1		PCT	1,08	1,08	-	-	-

Não merece guarida, portanto, as alegações de defesa da recorrente, que suscitam nulidade da infração por cerceamento do seu direito de defesa.

Suscita ainda a recorrente, para a improcedência da infração quanto aos itens: leite longa vida, leite em pó e composto lácteo, por entender que o dispositivo que trata da redução de alíquota à época da autuação se estende a todas as operações, independente do seu local de fabricação. Questiona a constitucionalidade da norma que prevê a redução de alíquota para os referidos itens.

Pelo entendimento desta 4ª Junta de Julgamento Fiscal, ainda que não seja competência do Conselho o exame da constitucionalidade, defendeu o relator de piso, que os textos dos decretos estariam em consonância com a Constituição, e que a legislação estadual só permite a redução da base de cálculo para o leite longa vida e semelhantes, produzido no Estado.

Salienta, contudo, a recorrente, que no caso em comento, ao contrário do que se fez parecer no acórdão ora recorrido, a autuada não pôs à apreciação dos julgados o exame de constitucionalidade da norma baiana, mas sim, requer seja aplicada a Constituição Federal, norma hierarquicamente superior à legislação baiana e a qualquer outra norma.

Toda a argumentação jurídica exposta pela Recorrente, visa o exame da hierarquia das normas, com ênfase para a aplicação do art. 152 da CF/88. Ademais, contesta a fundamentação dada pela decisão de piso quando invoca o art. 167, I do RPAF, para justificar que não seria competência desse Conselho Fazendário apreciar as teses jurídicas quando envolvam eventual inconstitucionalidade.

Para o tema em debate, saliento que corroboro com o posicionamento externado pelo Ilustre Conselheiro Fernando Antônio Brito de Araújo, no Acórdão CJF N° 0276-13/13, que naquela oportunidade refutou as pretensões do Recurso Voluntário, com base nas seguintes razões: “*No que tange à quarta infração, inicialmente, em conformidade com o opinativo proferido pela PGE/PROFIS, entendemos não merecer guarida a alegação de conflito entre a legislação estadual que confere ao leite produzido dentro do Estado o benefício fiscal da redução de base de cálculo e os dispositivos constitucionais citados na peça recursal, visto que tal norma não sofreu qualquer pecha de inconstitucionalidade pelo Poder Judiciário, a quem cabe pronunciar-se sobre tal matéria, além do que o benefício fiscal concedido, caracterizado pelo próprio Judiciário como isenção parcial, não ofende qualquer princípio constitucional. Por fim, vale aqui ressaltar que a regra inserta no art. 167, inciso I, do RPAF, expressamente veda a este órgão julgador administrativo a declaração de inconstitucionalidade*”.

No mérito, importante sinalizar para o conteúdo da norma vigente à época dos fatos geradores. Transcrevo abaixo o art. 268, incisos XXV e XXIX do RICMS/12, vigente à época, sendo certo afirmar, que a referida norma legal sofreu alterações significativas em seu conteúdo a saber:

Os incisos XXV e XXIX do caput do art. 268 foram revogados, com efeitos a partir de 01/02/17. Os fatos geradores autuados são do exercício de 2016, cujo conteúdo assim dispõe:

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

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

“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);”

Quanto ao composto lácteo, entendo que o mesmo apresenta composição química praticamente idêntica ao “leite em pó”, razão pela qual, dou o mesmo tratamento ao item “leite em pó”.

Isto porque, equiparar o composto lácteo ao leite em pó, confere ao texto da lei o verdadeiro sentido idealizado pelo legislador, que jamais pretendeu limitar a utilização da redução da base de cálculo para outros produtos que eventualmente derivassem de uma subdivisão conceitual criada ao produto “leite em pó”, sem ponderar sobre a eventual existência de variações em sua fórmula, ou se tal produto dispõe de mais ou menos nutrientes.

Apreciando as razões de defesa para os itens acima mencionados, entendo que o propósito econômico da modalidade tributária de redução de base de cálculo, previsto no art. 268 do RICMS/BA, para os produtos acima destacados, está amparada no mecanismo de atração de agentes econômicos e dinamização da economia como forma de atrair capitais e promover o desenvolvimento de uma região. Acatar, pois, a tese da defesa, fere o princípio do protecionismo do Estado da Bahia, considerando que as vendas internas do leite longa vida, leite em pó e composto lácteo, não foram fabricados no Estado da Bahia, não podendo as operações de venda com estes itens serem beneficiadas com a redução de base.

Assim, o leite longa vida, leite em pó e composto lácteo fabricados em outra Unidade da Federação, devem ser tributados pela alíquota de 17%, pois a redução prevista nos incisos XXV e XXIX, do art. 267 do RICMS/12, somente se aplica aos produtos fabricados neste Estado.

Quanto ao item cosmético, sustenta o Recorrente que o lançamento é indevido, na medida em que o autuante desconsiderou o teor da Instrução Normativa nº 05/2016, a qual excepciona os produtos do campo de incidência do adicional de 2% para o Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza.

Quanto aos cosméticos, cuja diferença no lançamento se refere à ausência do adicional de alíquota de 2%, instituída como adicional para combate e erradicação da pobreza, a razão recursiva prende-se ao fato da Instrução Normativa nº 05/2016, estabelecer claramente a alíquota sobre os cosméticos deste lançamento.

Sinaliza a recorrente, que o teor do que foi posto no acórdão há clara contradição, haja vista que é reconhecido que a referida Instrução Normativa SAT passou, a partir de 16/09/2016 a esclarecer, para fins da lei anteriormente editada (Lei nº 13.461 de 10/12/2015), o que seria considerado cosméticos.

Aponta a recorrente, que na própria Instrução Normativa, indica 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”*.

Ocorre que, não obstante o acima exposto, é fato que o adicional sobre cosméticos advém da Lei nº 13.461 de 10/12/1015, que alterou o art. 16-A da Lei nº 7.014/96, com efeitos a partir de 10/03/16. E, se observado o parágrafo único do referido dispositivo legal, lá consta expressamente a inclusão de COSMÉTICOS dentre os itens que devem ser majorados com a alíquota adicional de 2%.

Não poderia, pois, a recorrente fundamentar a falta de recolhimento da alíquota complementar pela falta de previsão legal. A Instrução Normativa SAT nº 5/2015, apenas normatizou o dispositivo (lei) já existente.

As mercadorias autuadas **veet cr, acetona, creme pan hidro**, dentre outras, não deixam quaisquer dúvidas quanto à sua interpretação, de que se trata mesmo de cosméticos.

Por fim deparo-me com a tese recursal que sinaliza para o caráter confiscatório da multa aplicada na autuação. Sem razão, contudo, a recorrente. Merece ser reiterado o comando da decisão proferida pelo Juízo de base, segundo o qual, e de acordo com o art. 167, inciso I do RPAF, é vedado nesse foro administrativo a discussão sobre a matéria em apreço.

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

Saliento, que as multas aplicadas são em razão do descumprimento de obrigações principais, e apesar de me alinhar ao entendimento de que são excessivamente altas e desproporcionais, as referidas penalidades têm previsão na lei do ICMS do Estado da Bahia, motivo pelo qual, também mantenho a Decisão da Junta de Julgamento Fiscal.

Isto posto, voto no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário, para manter a Decisão de piso na sua inteireza.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **281424.0007/19-2**, lavrado contra **BOPREÇO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$300.334,05**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 16 de agosto de 2021.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

LEILA BARRETO NOGUEIRA VILAS BOAS – RELATORA

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS