

PROCESSO	- A. I. Nº 278868.0006/20-5
RECORRENTE	- WMS SUPERMERCADOS DO BRASIL LTDA.
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0069-03/24-VD
ORIGEM	- DAT SUL / IFEP SUL
PUBLICAÇÃO	- INTRANET 19.12.2024

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0291-11/24-VD

EMENTA: ICMS. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Constatado que houve aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, restando demonstrado o cometimento da infração imputada ao Contribuinte. Rejeitada a preliminar de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuida o presente processo do Recurso Voluntário impetrado pela autuada em vista da decisão proferida pela 3ª JJF que julgou Procedente o presente Auto de Infração, lavrado em 23/06/2020, refere-se à exigência de R\$ 153.990,19 de ICMS, acrescido da multa de 60%, em decorrência da seguinte irregularidade:

Infração 01 – 03.02.02: Recolhimento efetuado a menos 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.

Consta, na descrição dos fatos: Contribuinte fez uso de alíquota indevida nas saídas de mercadorias documentadas pela emissão de Notas Fiscais Consumidor Eletrônica (NFC-e). Fontes dos dados: arquivos da Escrituração Fiscal Digital (EFD) informados pelo contribuinte, Notas fiscais Eletrônicas e Notas Fiscais de Consumidor Eletrônicas. Arquivos constantes na base de dados da SEFAZ-BA.

O Autuado, por meio de advogado, apresentou **impugnação** às fls. 28 a 52 do PAF. O Autuante presta **informação fiscal** às fls. 91 a 93 dos autos. O Defendente apresenta manifestação fls. 149 a 158 do PAF. Segunda **Informação Fiscal** prestada pelo Autuante à fl. 167 do PAF.

Após a devida instrução processual, a Junta de Julgamento Fiscal assim decidiu:

VOTO

O Defendente destacou que a teor do que consta no Auto de Infração impugnado, há informação de que a fonte de dados que fundamentam a autuação são: a Escrituração Fiscal Digital, as Notas Fiscais Eletrônicas, Notas Fiscais de Consumidor Eletrônicas e arquivos constantes na base de dados da SEFAZ/BA, contudo os dados obtidos em tais documentos não estão demonstrados na autuação, não se sabendo precisar se os dados postos na planilha estão de acordo com os obtidos nos referidos documentos.

Afirmou que o exercício do direito de defesa restou prejudicado porque os dados contidos nas planilhas apresentadas pelo Autuante não estão acompanhados dos documentos que lhe embasam, o que acaba por violar o seu direito de defesa. A falta de dados que substanciam a autuação, apresentando unicamente as planilhas com indicação da chave de acesso das Notas Fiscais prejudica a verificação dos valores apresentados pela fiscalização.

Disse que o lançamento incorre em nulidade por ausência de prova da infração em relação aos elementos determinantes da base material tributável, uma vez que a ausência da identificação dos dados obtidos não é passível de convalidação, simplesmente porque não supríveis ou presumíveis.

Na Informação Fiscal, o Autuante afirmou que o argumento defensivo é improcedente pois na peça fiscal que deu origem a este PAF está exposto quais as fontes dos dados: arquivos da Escrituração Fiscal Digital (EFD) informados pelo próprio contribuinte autuado, Notas Fiscais Eletrônicas e Notas Fiscais de Consumidor Eletrônicas constantes na base de dados da SEFAZ-BA.

Observo que o Sistema de Fiscalização adotado pela SEFAZ/BA comprehende normas de planejamento, execução, avaliação e controle de tributos estaduais. É utilizada 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 livros fiscais.

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 elementos constantes nos documentos fiscais relativos às entradas e saídas de mercadorias.

Com a evolução tecnológica, inclusive em relação ao controle das operações realizadas por contribuintes, em determinadas auditorias, a exemplo de levantamento quantitativo de estoques, não há necessidade de deslocar autoridades tributárias para visitar estabelecimentos com o objetivo de realizar a auditoria e exame físico em documentos e escrita fiscal ou contábil.

Portanto, ao contrário da alegação apresentada pelo Defendente, o entendimento que vem prevalecendo é no sentido de que não há necessidade da juntada ao PAF das notas fiscais eletrônicas e livros fiscais digitais utilizados nos procedimentos fiscais, considerando que o Contribuinte conhece os dados constantes nos mencionados documentos e escrita fiscal enviada à base de dados da SEFAZ.

Por outro lado, o procedimento fiscal visa apurar a correta aplicação da legislação, o Auto de Infração foi emitido através do sistema oficial de processamento eletrônico de dados da Secretaria da Fazenda e foi fornecida, ao Contribuinte, cópia do Auto de Infração e demonstrativos, conforme se pode constatar nas alegações defensivas.

O autuado entendeu os cálculos, se defendeu e apresentou impugnação ao lançamento, tratando dos fatos que ensejaram a exigência fiscal, citando parcelas que entendem serem computadas com inconsistências, se referindo ao levantamento fiscal.

Rejeito a preliminar de nulidade, haja vista que a descrição dos fatos no presente Auto de Infração foi efetuada de forma comprehensível, 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. Portanto, o lançamento de ofício e o processo administrativo fiscal dele decorrente, não estão incursos em quaisquer das hipóteses do artigo 18 do RPAF/BA, para se decretar a nulidade da autuação.

Quanto ao mérito, o presente Auto de Infração trata de recolhimento efetuado a menos 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.

De acordo com a descrição dos fatos, o Contribuinte fez uso de alíquota indevida nas saídas de mercadorias documentadas pela emissão de Notas Fiscais Consumidor Eletrônica (NFC-e). Fontes dos dados: arquivos da Escrituração Fiscal Digital (EFD) informados pelo contribuinte, Notas fiscais Eletrônicas e Notas Fiscais de Consumidor Eletrônicas. Arquivos constantes na base de dados da SEFAZ-BA.

O Defendente alegou que em relação a produtos com erro na adoção da alíquota 7%, ao invés de 18% - leite do tipo longa vida, composto lácteo e leite em pó, 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.

Afirmou que é ilíquida a exigência fiscal, porque 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.

Concluiu que a sistemática concebida pelo Estado da Bahia, 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 18% de ICMS, enquanto o produtor local tem sua taxação reduzida a 7%.

Sobre as alegações apresentadas pelo Defendente, observo que este Órgão Julgador não tem competência para afastar a aplicabilidade da Legislação Tributária Estadual, assim como, não lhe cabe competência para decretar a inconstitucionalidade de seus dispositivos, em conformidade com o inciso I, do art. 167, do RPAF-BA/99.

Sobre as decisões judiciais alegadas pelo Defendente, entendo que as mencionadas Decisões não têm o condão de desconstituir lançamento efetuado, considerando que a constituição do crédito tributário consiste no exercício de uma função administrativa vinculada, obrigatória e prevista em lei. A Decisão Judicial pode paralisar a cobrança, mas não o lançamento e é possível concluir que a Corte Suprema não modulou os efeitos de sua decisão.

Em relação aos PRODUTOS COM SUPOSTO ERRO NA ADOÇÃO DA ALÍQUOTA 18%, AO INVÉS DE 20% - PRODUTO COM CÓDIGO NCM 3307.20, o Defendente alegou que o Autuante deixou de considerar que os produtos com código NCM 3307.20 não constam na Instrução Normativa nº 05/2016 para efeitos da incidência do adicional do Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza.

O Autuante informou que em consulta à TIPI, infere-se que os produtos aqui trazidos pela Defesa estão classificados na posição 3304.99.90, produtos de beleza ou de maquiagem preparados e preparações para conservação ou cuidados da pele (exceto medicamentos), incluindo as preparações antissolares e os

bronzeadores; preparações para manicuros e pedicuros/outros, e, em sendo assim, são alcançados pela Instrução Normativa citada que institui o adicional de pobreza para esses produtos.

Para melhor entendimento da matéria em questão, vale reproduzir o art. 16-A, parágrafo único, inciso I da Lei nº 7.014/96:

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;

Considerando a definição de que, cosméticos são produtos ligados à higiene pessoal ou ao embelezamento, acompanho o posicionamento do Autuante que não acatou a alegação defensiva de que os produtos autuados não se referem a produtos de beleza, mas sim produtos de perfumaria, porque as Loções Hidratantes não se destinam somente a “hidratar a pele”, mas também, perfumar.

Concluo que está demonstrado o cometimento da infração imputada ao contribuinte e a insuficiência de elementos probatórios acostados aos autos pela Defesa. Nos moldes como foi apurada e descrita a infração, é correta a acusação fiscal, ficando caracterizado que o lançamento foi efetuado de acordo com as normas que regem a matéria tratada na autuação fiscal.

Quanto à multa aplicada, o Autuado alegou 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. Requeru a sua redução a patamar razoável (entre 20% e 30%).

Observo que a penalidade aplicada no presente Auto de Infração é legalmente prevista para a irregularidade apurada (art. 42, II, “a” da Lei 7.014/96), essa Junta de Julgamento Fiscal não tem competência para apreciar pedido de redução ou cancelamento de multa decorrente de obrigação tributária, e como já mencionado nesse 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 Defendente alegou, ainda, que deve ser levado em consideração o benefício da dúvida. 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.

Entretanto, não há como aplicar o referido dispositivo legal no presente processo, uma vez que não existem dúvidas quanto à infração imputada no presente Auto de Infração, ficando indeferida a solicitação do Autuado.

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

O patrono do recorrente apresenta peça recursal às fls. 194/220, tecendo os mesmos argumentos da peça impugnativa.

Relata quanto à tempestividade da peça apresentada. Pede que seja intimada da inclusão em pauta de julgamento do presente processo, para fins de sustentação oral e reproduz a infração imputada, além da ementa do julgamento de piso.

Suscita nulidade do lançamento fiscal por preterição do direito de defesa e descumprimento de dispositivo expresso em lei, em virtude da ausência de comprovação. Disse que o acórdão recorrido confirma a violação ao devido processo legal, pois não basta a indicação dos fatos de forma comprehensível e dos dispositivos infringidos para sua validade, muito menos a apresentação de impugnação para o lançamento.

Renova o entendimento que a apresentação dos documentos, não respaldam a infração pois é uma obrigatoriedade disposta em lei e não uma faculdade da fiscalização. Ou seja, um dos requisitos para liquidez do Auto de Infração é a apresentação de todos os dados tendentes à comprovação do valor exigido, através da apresentação minuciosa da descrição da infração e dos documentos que a comprove, afrontando, desta forma, os princípios da motivação, legalidade, segurança jurídica e verdade material, impedindo, assim, o exercício pleno do contraditório e da ampla defesa, tudo em total afronta ao art. 39, VI do RPAF.

Explica que o Autuante, no corpo do Auto de Infração, discorre que a comprovação da exigência tem por base um demonstrativo fiscal (planilha), no qual apresenta o produto, valores e o ICMS

considerado como não recolhido. No entanto, vislumbra-se que o Auto de Infração está desprovido de qualquer elemento que assegure um juízo de valor ou apresente certeza jurídica aos dados apresentados.

Observa que a teor do que consta no Auto de Infração ora recorrido, há informação de que a fonte de dados que fundamentam a autuação são: a Escrituração Fiscal Digital, as Notas Fiscais Eletrônicas e Notas Fiscais de Consumidor Eletrônicas e arquivos constantes na base de dados da SEFAZ/BA, contudo os dados obtidos em tais documentos não estão demonstrados na autuação, não se sabendo precisar se os dados postos na planilha estão de acordo com os obtidos nos referidos documentos. Ou seja, não apresentou os documentos fiscais mencionados em seu demonstrativo e, por sua vez, não logrou por comprovar a sua constatação, bem como os dados dispostos na planilha apresentada.

Acrescenta que o exercício do direito de defesa resta prejudicado porque os dados contidos nas planilhas apresentadas pelo Autuante não estão acompanhados dos documentos que lhe embasam, o que acaba por violar o direito de defesa da Recorrente. Assim, para apurar a procedência ou não da acusação é preciso que se observe uma perfeita correlação entre os dados obtidos e as planilhas da autuação.

Afirma a importância de apresentá-los para solução da controvérsia, sendo possível constatar o regime de tributação aplicado à mercadoria autuada, bem como se realmente houve o erro na alíquota aplicável. Pondera que a apresentação dos documentos que respaldam a infração é obrigatoriedade disposta em lei, e não faculdade da fiscalização. Assim, mesmo elaborada com dados do contribuinte, a planilha não é suficiente para ser utilizada como prova da infração.

Salienta que a falta de dados que substanciam a autuação, prejudica a verificação dos valores apresentados pela fiscalização, ou seja, a materialidade dos valores exigidos, situação que macula o crédito tributário exigido de iliquidez e incerteza, cerceando, por sua vez, o direito de defesa e o devido processo legal. Tanto é verdade que o § 1º, do art. 39 do RPAF somente excepciona as exigências meramente formais. No caso em apreço, o lançamento incorre em nulidade por ausência de prova da infração em relação aos elementos determinantes da base material tributável, uma vez que a ausência da identificação dos dados obtidos não é passível de convalidação, simplesmente porque não supríveis ou presumíveis.

Apresenta julgamentos de 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, o que não foi observado pelo Autuante, posto que não apresentou as planilhas impressas em sua totalidade.

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

Mencionar que a Impugnante deixou de recolher o ICMS, sem apresentar os documentos pertinentes, não é suficiente para dar validade ao procedimento fiscal, uma vez que tolhe o contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal, não só da Impugnante, mas também do corpo julgador administrativo. Acrescenta, ainda, o teor do art. 142 do CTN, segundo o qual a Autoridade competente para lançar é obrigada a discriminar clara e precisamente os fatos geradores, a matéria tributável, calcular o imposto devido e os períodos cobrados.

Registra que o art. 18, II, IV, “a” do Decreto nº 7.629/99 dispõe que são nulos os atos proferidos com preterição do direito de defesa e desobedeçam aos dispositivos expressos em lei, o que, pelo visto, é exatamente o caso presente. Colaciona o entendimento do próprio Conselho da Fazenda Estadual da Bahia (CONSEF): ACÓRDÃO JJF Nº 2027/00, DOE - 02/08/00 e ACÓRDÃO JJF Nº 0384-12/02, concluiu pela nulidade do Auto de Infração, **primeiro**, porque desobedeceu a dispositivos

expressos em lei; e, **segundo**, porque essa insegurança repercute no amplo direito de defesa da Impugnante.

Salienta que não se trata de meras incorreções ou omissões formais. Trata-se de omissão quanto aos requisitos de validade do lançamento e que invalida o trabalho fiscal porque retira da Impugnante o seu direito de defesa.

Quanto ao mérito, pede a improcedência do Auto de Infração, alegando a correta aplicação das alíquotas, em relação à: **a)** produtos com suposto erro na adoção da alíquota 7%, ao invés de 18%; **b)** produtos com suposto erro na adoção da alíquota 18%, ao invés de 20% - produto com código NCM 3307.20.

Para os **produtos com suposto erro na adoção da alíquota 7%, ao invés de 18% - leite do tipo longa vida, composto lácteo e leite em pó**. Alega que 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. Assim, 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.

Alega que o princípio da isonomia consagrado no art. 5º e 150, II da CF também impede que se dê tratamento diferenciado entre produtos internos e de outros Estados. Diz que o princípio da isonomia permeia todo o ordenamento legal e não só a Carta Magna, razão pela qual não pode ser ignorado pela Fiscalização, situação antijurídica que deve ser corrigida por esse órgão julgador.

Aponta que 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 18% de ICMS, enquanto o produtor local tem sua taxação reduzida a 7%.

Apresenta o entendimento de que, a solução da lide impõe resposta às seguintes questões: “**i) a teor da 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?**”.

Disse que o Fisco confere tratamento diferenciado ao leite produzido fora do Estado, em favor do produzido internamente, em afronta a Constituição, impõe-se a desconstituição da infração. Registra que a situação posta pelo Estado já foi objeto de análise do Poder Judiciário, em casos semelhantes ao presente. 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 da Impugnante, contra o Estado que exigia o recolhimento a menor de ICMS em razão de suposto erro na aplicação de alíquota cabível nas saídas do referido produto. Diz que 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 polo ativo da demanda é empresa do mesmo grupo da Impugnante, decidiu pela impossibilidade da diferenciação de alíquota relativamente ao leite longa vida, entendimento que deve ser aplicado ao presente caso.

Menciona que o TJ-Ba vem confirmando este entendimento, conforme recente acórdão sobre o tema, em caso idêntico ao presente e tendo como parte o Impugnante. De maneira que não pode o Estado-membro conceder benefício fiscal relativo ao ICMS de modo unilateral, mediante decreto ou outro ato normativo, sem prévia celebração de convênio no âmbito do CONFAZ. Assevera que a matéria versada chegou até o STF, no ensejo do ajuizamento da ADIn nº 4152, São Paulo, requerida pelo Governador do Estado do Paraná, em face do Governador do Estado de São Paulo, julgada procedente para declarar a constitucionalidade do decreto atacado (nº 52.381/01 do Estado de São Paulo). No mesmo sentido também já se posicionou o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Soma-se, ainda, que a questão também já foi decidida pelo Supremo Tribunal

Federal, ou seja, pela inconstitucionalidade do tratamento diferenciado para as operações internas e interestaduais para o mesmo produto.

Diz que o legislador estadual visa, única e exclusivamente, a 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 aos 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%.

Afirma 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. Aponta que a improcedência da autuação fiscal se impõe porque, considerando que o Estado da Bahia confere tratamento diferenciado ao leite produzido fora do Estado, em favor do produzido internamente, afronta aos arts. 1º, 5º, 150, II e V, 155, II, § 2º, XII, “g” e 152, todos da Carta da República, dispositivos hierarquicamente superiores à legislação estadual. Tanto é verdade, que diante da repercussão gerada, acharam por bem revogar os artigos pertinentes a presente discussão a partir de 01/02/2017. Acontece que as ocorrências do Auto de Infração em epígrafe foram referentes ao período de Jan/2016 a Dez/2016, razão pela qual os fatos geradores autuados estavam acobertados pelo benefício da redução de base de cálculo.

Diante do exposto, sustenta que o benefício concedido ao leite em pó e composto lácteo produzido neste Estado (da Bahia) deve se estender também aos demais Estados, atribuindo-se tratamento igualitário aos produtos beneficiados independentemente da procedência. Assim, como foram incorretamente questionadas as alíquotas aplicadas em tais produtos, não se pode acolher a exigência fiscal por ser totalmente ilíquida e incerta, devendo o Auto de Infração ser declarado improcedente.

Para a questão dos *produtos com suposto erro na adoção da alíquota 18%, ao invés de 20% - produto com código NCM 3307.20 nas saídas dos produtos com desodorantes corporais e antiperspirantes*. Afirma que a fiscalização deixou de considerar que os produtos com código NCM 3307.20 não constam na Instrução Normativa nº 05/2016 para efeitos da incidência do adicional do Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza. Neste sentido, não deve prosperar a autuação, visto que foi aplicada a alíquota correta (18%) para os itens autuados: *HID JJ SOFTLOTION CA/L 200, HIDRAT JOHNSON MEL LINH 20, HIDRAT JOHNSON ROMA UVA 20, HIDRAT MONANG FLOR D LAV 4, HIDRAT MONANG FLOR D LAV 4, HIDRAT NIVEA BODY MILK 200, HIDRAT NIVEA DESO S-MILK24, HIDRAT NIVEA S-MILK 6X200M, HIDRAT NIVEA SOFT MILK 200*.

Concluiu que resta evidente que não procede o argumento fiscal de que foi utilizada alíquota divergente da prevista na legislação.

Quanto à **multa aplicada**, ressalta que mesmo diante da comprovação da insubstância 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 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.

No que atine do flagrante intuito de fraude, afirma que é completamente inexistente no caso em tela, não havendo, inclusive, por parte da fiscalização qualquer menção a existência de fraude ou sequer seu indício. Disse que, longe de haver fraude ou dolo do contribuinte, seu procedimento – perpetrado com amparo na mais lídima 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. Junta julgados do CARF.

Roga para os princípios da proporcionalidade e do não-confisco, consagrado no art. 150, IV da Constituição Federal. 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%).

Alega que deve ser levado em consideração também o benefício da dúvida. Menciona que o art. 112 do CTN.

Finaliza requerendo:

- o reconhecimento e declaração/decretação da nulidade e/ou improcedência da exigência fiscal, diante da impropriedade da exigência fiscal.
- seja reduzida ou mesmo afastada a multa aplicada, em respeito ao princípio da razoabilidade, proporcionalidade e do não confisco.
- que em caso de dúvida se interprete a norma jurídica da forma mais favorável à Impugnante (art. 112 do CTN).
- 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.

VOTO

O Recurso Voluntário reproduz a mesma preliminar da impugnação, que em nada inovam em relação ao argumento já apresentado e rechaçado pela Junta de Julgamento Fiscal. Sendo ela, o pedido de nulidade do lançamento fiscal por preterição do direito de defesa e descumprimento de dispositivo expresso em lei, em virtude da ausência de comprovação, arguiu que não bastava a indicação dos fatos de forma comprehensível e dos dispositivos infringidos para sua validade, muito menos a apresentação de impugnação para o lançamento.

Em relação ao argumento apresentado, o julgador de piso enfrentou brilhantemente, ao qual me alinho, quando disse:

“Observo que o Sistema de Fiscalização adotado pela SEFAZ/BA comprehende normas de planejamento, execução, avaliação e controle de tributos estaduais. É utilizada 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 livros fiscais.

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 elementos constantes nos documentos fiscais relativos às entradas e saídas de mercadorias.

Com a evolução tecnológica, inclusive em relação ao controle das operações realizadas por contribuintes, em determinadas auditorias, a exemplo de levantamento quantitativo de estoques, não há necessidade de deslocar autoridades tributárias para visitar estabelecimentos com o objetivo de realizar a auditoria e exame físico em documentos e escrita fiscal ou contábil.

Portanto, ao contrário da alegação apresentada pelo Defendente, o entendimento que vem prevalecendo é no sentido de que não há necessidade da juntada ao PAF das notas fiscais eletrônicas e livros fiscais digitais utilizados nos procedimentos fiscais, considerando que o Contribuinte conhece os dados constantes nos mencionados documentos e escrita fiscal enviada à base de dados da SEFAZ.”

Afasto a preliminar de nulidade por entender que a recorrente comprehendeu perfeitamente os cálculos efetuados, se defendeu e apresentou tanto impugnação quanto o recurso ao lançamento, tratando dos fatos que ensejaram a exigência fiscal, citando parcelas que entendia serem computadas como indevidas, fazendo referência ao levantamento fiscal apresentado pelo autuante.

Com relação ao mérito ataca dois pontos especificamente, sendo eles:

- a) produtos com suposto erro na adoção da alíquota 7%, ao invés de 18%, especificamente em relação ao leite do tipo longa vida, composto lácteo e leite em pó;

b) produtos com suposto erro na adoção da alíquota 18%, ao invés de 20% - produto com código NCM 3307.20 referindo-se às saídas dos produtos como desodorantes corporais e antiperspirantes.

No tocante ao primeiro item em relação aos produtos leite em pó, composto lácteo e leite do tipo longa vida, tratam-se de produtos com redução de base de cálculo, de forma que sua carga tributária final seja de 7%, conforme previsto no inciso XXV e XXIX, do art. 268 do RICMS.

Ocorre que a redução de base de cálculo prevista nos incisos acima citados, é conferida aos produtos **fabricados no Estado da Bahia**.

Vejamos o que e como prevê o inciso XXV, do art. 268 do RICMS/BA vigentes à época, (período de 17/06/2015 a 31/01/2017, e, o inciso XXIX que foi até 31.01.2017) abaixo transcrita, donde pudemos observar que a redução está, necessariamente, condicionada a itens fabricado na Bahia.

Art. 268. É reduzida a base de cálculo:

“...

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);

Portanto, entendo que não merece reparo a decisão de piso, pois os referidos produtos não são fabricados na Bahia.

O Tribunal de Justiça da Bahia vem decidindo que o benefício fiscal declarado inconstitucional não pode ser estendido à operação ou ao contribuinte não contemplado na legislação, como é o caso aqui discutido e para tanto cita os julgados 0375591-23.2013.8.05.0001 da WALMART BRASIL LTDA., empresa do mesmo grupo empresarial da Impugnante, contra o Estado que exigia o recolhimento a menor de ICMS em razão de suposto erro na aplicação de alíquota cabível nas saídas do referido produto, disse também que 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 polo ativo da demanda é também empresa do mesmo grupo da Impugnante, que decidiu pela impossibilidade da diferenciação de alíquota relativamente ao leite longa vida.

Ora, há um iminente conflito entre o determinado pela Constituição Federal e o estabelecido pelo RICMS/BA, porém, não se encontra na competência deste Conselho a declaração de inconstitucionalidade da legislação, conforme Art. 167 do RPAF/BA.

Em relação ao segundo ponto, a recorrente insiste em afirmar que os produtos *HID JJ SOFTLOTION CA/L 200, HIDRAT JOHNSON MEL LINH 20, HIDRAT JOHNSON ROMA UVA 20, HIDRAT MONANG FLOR D LAV 4, HIDRAT MONANG FLOR D LAV 4, HIDRAT NIVEA BODY MILK 200, HIDRAT NIVEA DESO S-MILK24, HIDRAT NIVEA S-MILK 6X200M, HIDRAT NIVEA SOFT MILK 200*, estariam enquadrados no código NCM 3307.20 como sendo produtos como desodorantes corporais e antiperspirantes, e portanto não constariam na Instrução Normativa nº 05/2016 para efeitos da incidência do adicional do Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza.

A bem verdade, o NCM com código 3307.20 refere-se aos Desodorantes (desodorizantes) corporais e antiperspirantes e estes realmente não estão incluídos Instrução Normativa nº 05/2016, entretanto os itens contemplados na autuação, são na verdade **loções hidratantes** e não **desodorantes**, portanto, com NCM 3304.99.1, assim, por tratar se de preparações para conservação ou cuidados da pele, os mesmos estariam sim incluído no Anexo Único da Instrução Normativa nº 05/2016, e se enquadrariam como “*Cremes de beleza e cremes nutritivos; loções tônica, incluídos os esfoliantes*”, sendo devido o adicional do Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza.

Ocorre que, os itens cosméticos foram incluídos na obrigatoriedade de recolhimento do FUNCEF, a partir de 10/03/2016 através da Lei nº 13.461/15, como se vê:

"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.

Nota: A redação atual do caput do art. 16-A foi dada pela Lei nº 13.461, de 10/12/15, DOE de 11/12/15, efeitos a partir de 10/03/16."

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;

Nota: A redação atual do inciso "I" do parágrafo único do art. 16-A foi dada pela Lei nº 13.461, de 10/12/15, DOE de 11/12/15, efeitos a partir de 10/03/16.

Assim sendo, as ocorrências incluídas no período de 01/01/2016 a 09/03/2016 deveriam ser excluídas da autuação, entretanto, analisando as planilhas do Auto de Infração, pude constatar que somente a partir do mês 10/2016 é que foram vendidos os itens acima descritos, não havendo, portanto, alteração no valor da infração.

Em relação a multa no percentual de 60%, diz que neste particular há de se pontuar que o percentual estipulado se revela absolutamente abusivo e viola os princípios da vedação ao CONFISCO e da RAZOABILIDADE e da PROPORCIONALIDADE.

Diz ser evidente que a multa correspondente a 60% do suposto tributo devido tem caráter confiscatório. Como se sabe, o referido percentual encontra-se fora da hipótese do inciso IV, do Art. 150 da CF 88, que assegura ser proibido o confisco.

Quanto a alegação do caráter abusivo da multa imposta, no percentual de 60%, por considerá-la desproporcional, de caráter confiscatório e inconstitucional, saliento que, esta, se encontra prevista pelo Art. 42, incisos, II, alínea "a" da Lei nº 7.014/96, não cabendo a este julgador a declaração de inconstitucionalidade na legislação tributária posta, de acordo com o disposto no Art. 167, I do RPAF-BA.

E por fim, cabe lembrar que a legislação possibilita a redução automática das multas previstas nos incisos I, II, III e VII e alínea "a", do art. 42 da Lei nº 7.014/96, em percentuais que variam entre 25% e 90%, nas hipóteses dos arts. 45 e 45-B da Lei nº 7.014/96.

Diante de todo o exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª 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 278868.0006/20-5, lavrado contra WMS SUPERMERCADOS DO BRASIL LTDA., devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$ 153.990,19, 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, 06 de novembro de 2024.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

VALDIRENE PINTO LIMA – RELATORA

EVANDRO KAPPES - REPR. DA PGE/PROFIS