

A. I. Nº - 281424.0005/19-0
AUTUADO - BOMPREÇO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA.
AUTUANTE - CARLITO NEVES DE LACERDA JUNIOR
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 04.09.2020

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0082-05/20VD

EMENTA: ICMS. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. O art. 268, incisos XXV e XIX, contemplava as operações internas com leite em pó, longa vida e composto lácteo em pó fabricados neste Estado, com o benefício fiscal de redução da base de cálculo, de forma que a carga tributária incidente na operação corresponda ao percentual de 7%. Portanto, não contempla operações de produtos adquiridos de fabricante estabelecido em outros Estados. Não há limitação ou impedimento ao trânsito dos produtos originários de outros estados, apenas lhes cabem uma carga tributária diferenciada, que tinha como objetivo estimular a produção e circulação interna da mercadoria. Mantida a exigência do percentual de 2% destinado ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza relativo à comercialização de produtos cosméticos a partir de 10/03/16 a partir da vigência da Lei 13.461/2015. Afastada a exigência fiscal relativa a produtos enquadrados no regime de substituição tributária, isentos e com indicação de códigos errôneos. Rejeitada a nulidade suscitada e o pedido de redução ou cancelamento da multa aplicada por falta de amparo legal. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 25/06/19 exige ICMS relativo a recolhimento a menor do imposto em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, Anexo 1- 2015/2016) – R\$368.840,30, acrescido da multa de 60%.

O autuado na defesa apresentada às fls. 112 a 143, inicialmente ressalta a sua tempestividade, discorre sobre a infração e preliminarmente afirma que a exigência fiscal não considerou as mercadorias: que possuem redução de base de cálculo e sujeitas ao regime de substituição, motivo pelo qual deve ser julgado improcedente.

Suscita a nulidade da autuação sob alegação de preterição do direito de defesa, afirmando que a comprovação da exigência fiscal se lastreia no demonstrativo fiscal (planilha), cupons fiscais emitidos entre 2015 e 2016 e na escrituração fiscal digital, 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”*.

Transcreve parte da planilha elaborada pela fiscalização à fl. 115 e afirma que a identificação do ECF seria insuficiente à comprovação da infração, pois o autuante *“tem obrigação de exibir os documentos fiscais”*, o que não ocorreu ficando impossibilitado de comprovar as informações fiscais quanto à acusação de erro de alíquota, a qual exige análise de produto a produto.

Ressalta que constatou que em alguns casos há “divergência entre a mercadoria indicada na planilha fiscal e a efetivamente comercializada”, conduzindo à equivocada conclusão de erro de tributação, ignorando a verdade material.

Cita decisões exaradas pelo Tribunal Administrativo Tributário do Estado de Pernambuco (TATE) no sentido de que a apresentação dos documentos (planilha, escrita fiscal) em mídia digital “*não dispensa a fiscalização de entregá-los também em via impressa*” (AI SF 2014.000004865198-84 TATE 00.889/15-6; AI SF 2014.000005958067-11. TATE 00.200/15-8; 4ª TJ N°0045/2013(07). AUTO DE INFRAÇÃO SF N° 2011.000003166261-90. TATE 00.120/12-0).;

Finaliza dizendo que a acusação de que aplicou alíquota diversa da prevista em lei, “*sem apresentar o documento fiscal não é suficiente para dar validade ao procedimento fiscal*”, dificultando o contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal, nos termos do art. 142 do CTN, art. 5º, LV da CF e art. 18, II, IV, “a” do RPAF/BA, devendo ser julgado nulo da mesma forma que decidido nos Acórdãos JJF 2027/2000 e CJF N° 0384-12/2002.

No mérito, quanto ao suposto erro na adoção da alíquota, passou a contestar por produto:

A) *Leite do tipo longa vida, composto lácteo e leite em pó*: Alega que o art. 268, XXV e XXIX do RICMS/2012) só permitia no período fiscalizado a redução da base de cálculo para o leite em pó produzido no Estado, *de forma que a carga tributária incidente corresponda a 7%*.

No caso trata-se de comercialização dos itens LT PO INST GV 200GR, LT UHT INT BETANIA, LTE ITAMBE INT 800G, LEITE DESN SABE UHT, LT PO DES CAMPONDESA, LT UHT SEM PARMALAT, LTE DES PIRACANJUBA e LT PO INT POLLY 200G e demais produtos semelhantes que foram autuados.

Argumenta que a limitação imposta pelo Estado, por meio de uma carga tributária diferenciada nas operações interestaduais, viola a vedação constitucional disposta no art. 150, V, e art. 152, da Carta Magna que veda à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios “*estabelecer limitações de tráfego de pessoas ou bens, por meio de tributos interestaduais ou intermunicipais, ressalvada a cobrança de pedágio pela utilização de vias conservadas pelo Poder Público*”.

Transcreve texto de doutrinadores acerca da matéria, que resulta na criação de um 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% e 18%, enquanto o produtor local tem sua taxação reduzida a 7%.

Afirma que estas questões: i) se é lícito aos Estados estabelecer diferença tributária entre bens, em razão de sua procedência e ii) e validade da regra estabelecida pelo Dec. 7.826/2000, foi apreciada pelo Poder Judiciário do Estado da Bahia em casos semelhantes e a 2ª Vara da Fazenda Pública julgou procedente a Ação Anulatória nº 0375591-23.2013.8.05.0001/2014, promovida pelo Wal Mart Brasil Ltda., cuja sentença foi confirmada pelo TJBA e do mesmo modo, a 11ª Vara da Fazenda nos autos dos Embargos à Execução Fiscal 0346138-46.2014.8.05.0001, decidiu pela impossibilidade da diferenciação de alíquota relativamente ao leite longa vida, o que se aplica ao presente caso, cujas ementas transcreveu às fls. 123/125.

E que no mesmo sentido se posicionou o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJ-SP, Apelação/Reexame Necessário nº 00374807820118260114/2014, 10ª Câmara de Direito Público; TJ-SP, Apelação / Reexame Necessário: 06023402520088260053/2013, 10ª Câmara de Direito Público).

Também já foi decidida pelo Superior Tribunal Federal (STF) pela inconstitucionalidade do tratamento diferenciado para as operações internas e interestaduais para o mesmo produto (STF, ADI 3389 MC/2006).

Conclui que a situação denota desobediência a hierarquia das normas legais vigentes e aos princípios basilares do direito e caso a demanda ultrapasse a esfera administrativa, o Estado será agravado com a sucumbência, visto que o RICMS é um diploma legal estadual que não pode se sobrepor ou conflitar com a Constituição Federal (art. 150, V, e art. 152) e o instituído pelo Dec.

7.826/2000 que reduziu a base de cálculo para a saída de leite produzido no Estado de forma que a carga tributária corresponda a 7%.

Ressalta que diante da repercussão gerada, os artigos pertinentes a presente discussão foram revogados a partir de 01/02/2017, porém as ocorrências da notificação fiscal refere-se ao “período de setembro a dezembro de 2015 e janeiro a dezembro de 2016”, razão pela qual os fatos geradores autuados estavam acobertados pelo benefício da redução de base de cálculo e o benefício concedido ao leite em pó e aos compostos lácteos produzidos neste Estado (da Bahia) deve se estender também aos demais Estados, atribuindo-se tratamento igualitário.

B) Cosméticos – Itens sujeitos a alíquota de 18% ao invés dos 20% cobrados na autuação. Esclarece que produtos cosméticos foram comercializados com carga tributária de 18% e a fiscalização aplicou alíquota de 20%, gerando uma diferença exigida como base na Instrução Normativa nº 05/2016 de 16/09/2016, que “*Relaciona os produtos considerados como cosméticos para efeitos da incidência do adicional do Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza (FECEP)*”.

Alega que os itens autuados como VEET CR 180ML MEN AZUL 180ML; CR PENTEAR NATURALS KIDS 150ML; CRDEP BANHO SPA CARE; LOCAO HID JOHNSONS 200 ML; COL COR E TON 4.66 BORDO. 1 UM; KOLESTON VERM PAIXAO 645 55GR; MASC NIELY QRATNA 43; CASTING GLOSS BORGON 426; ESMALTE IMPALA CR LEME 1 UM; BASE RISQUE FORTALEC; HIDR NIVEA MILK SECA 250ML, são todos cosméticos, sujeitos a alíquota de 18% e, apesar de constarem no Anexo Único da IN 05/2016, não estavam, à época da sua comercialização afetados pela adição do percentual de 2% na alíquota do ICMS incidente.

Afirma que os produtos classificados como cremes para depilação (NCM/SH 3307.9), cremes nutritivos (NCM/SH 3304.99.1), loções (NCM/SH 3304.99.1), tinturas temporárias para o cabelo (NCM/SH 3305.9), esmaltes (NCM/SH 3304.3), pó para maquiagem (NCM/SH 3304.91), produtos de maquiagem para os lábios (NCM/SH 3304.1) comercializados no período entre março e agosto de 2016, quando não era obrigatório pagar o adicional referente ao FECEP, não merecendo cobrar a diferença relativa ao percentual de 2%.

C) Dos itens sujeitos à Substituição Tributária. Afirma que os produtos SKOL B SECRET LT - NE-SKOL B SECRET LT. - CERVEJA SKOL BEATS SECRET LATA 269, bebida alcoólica (mista) refrescante, teor alcoólico abaixo de 8%, NCM/SH 2208.9, o que pode ser constatado em pesquisa ao sítio eletrônico do fabricante (fl. 132), foi incluído na sistemática da substituição tributária, no item 3.17 do Anexo 1 do RICMS/BA, com efeito a partir de 01/10/2016, e como os valores exigidos refere-se aos meses de outubro a dezembro de 2016, durante a vigência da referida legislação, requer que o item seja excluído da autuação.

D) Produtos Isentos. Com relação ao produto BP ERVILHA 3, afirma que se trata de produto isento, nos termos do art. 265, Inc. I do RICMS/2012 c/c Convênio ICM 44/75, que determina que são isentas do ICMS as saídas internas e interestaduais desde que não destinadas à industrialização, de produtos hortifrutícolas relacionados no Conv. ICM 44/75, exceto alho, amêndoas, avelãs, castanha da Europa e nozes (Conv. ICM 07/80).

Ressalta que o Convênio ICM 44/75 determina em sua cláusula primeira, inciso I, alínea d, que os Estados e o Distrito Federal estão autorizados a conceder isenção do ICMS ao item objeto da autuação, em estado natural, autorização esta concedida através do art. 265, Inc. I do RICMS/2012.

Ressalta que o fato de o produto ser comercializado de forma congelada, não retira sua condição de que esteja em estado natural, como observado na legislação, pois foram mantidas suas características originais, não sendo submetidos a processo de industrialização, não considerando, para tanto, sua temperatura (frescos, resfriados ou congelados).

E que o mero acondicionamento para transporte, não descaracteriza o estado natural da mercadoria, posto que o congelamento contribui para higienização e segurança no consumo de tais produtos.

Destaca que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) em recente precedente, determinou que os processos de branqueamento, congelamento e embalagem não retiram a condição de alimentos *in natura*, “*pois não alteram a natureza nem a apresentação do produto, mas tão somente permitem maior longevidade das qualidades próprias dos alimentos para fins de sua comercialização*”, (AREsp 851.817/SP/2016).

Discorre sobre o teor do julgamento pelo STJ e requer que sejam excluídos os produtos comercializados com isenção, da autuação.

Com relação à multa aplicada no percentual de 60% sobre o valor principal, afirma que não se tratando de flagrante intuito de fraude, não se justifica a aplicação de exorbitante multa em violação ao princípio do não-confisco.

Discorre sobre a dosimetria das penalidades e entendimento nos julgamentos administrativos a exemplo de decisões proferida pelo CARF e SÚMULA CARF N° 14 (CSRF. Recurso n° 155.351. Acórdão n° 9101-00.5496/2010); apreciação da matéria por doutrinadores e redução promovida pelo Poder Judiciário para percentuais entre 20% e 30% (STF: RE 91.707/MG/1980 e RE 81.550/MG; ADI 1075; ADI 551; AI 482281 AgR/2009; RE 523471 AgR/2010; TJRN, 1ª Câmara Cível, AC 2006.005459-9/2010; TJRN. AC 2007.000633-3. 2ª C. Cível/2008 e TJRN. AC 2007.007015-6/2008).

Diante da multa aplicada de modo desproporcional requer a improcedência da autuação e subsidiariamente, que a multa seja reduzida para um patamar razoável (entre 20% e 30%).

Por fim, solicita que se leve em consideração o benefício da dúvida previsto no art. 112 do CTN que diante da dúvida da interpretação da norma jurídica deve favorecer ao contribuinte, como tem decidido os Tribunais Superiores (STF, RE n°. 90.143/1979 e STJ no RESP 38.997-SP/1995).

Conclui requerendo a declaração de nulidade e/ou improcedência da exigência fiscal, sucessivamente pede, se não acolhido, seja reduzida ou afastada a multa aplicada, bem como interpretação da norma jurídica da forma mais favorável à Impugnante (art. 112 do CTN).

O autuante na informação fiscal prestada às fls. 187 a 200, inicialmente discorre sobre a infração e os argumentos defensivos que passou a analisar.

Quanto à nulidade suscitada sob alegação da não apresentação dos documentos comprobatórios da infração e a ausência da identificação dos cupons fiscais, contesta que não representam a realidade visto que no caso em apreço, a totalidade da infração está representada nas operações de saída, realizadas através de ECF's, Nota Fiscal de Consumidor Eletrônica (NFC-e) e Nota Fiscal Eletrônica (NF-e) conforme demonstrativo analítico de fls. 11 a 13, gravado na mídia de fl. 76.

Frisa que a auditoria foi realizada com base na Escrituração Fiscal Digital (EFD) da sociedade empresarial, que contém todas as operações de entrada e saída de mercadorias, por produto, e cujos dados e valores das operações estão contidas na mídia de fl. 76, cujos valores constam no demonstrativo analítico de saídas através de ECF, totalizados por mês e por produto, como escriturado na EFD (Registro C425) e as NFC-e's e as NF-e's registradas na EFD.

Destaca que os cupons fiscais são extraídos da Leitura de Memória de Fita-Detalhe – MFD, que conforme documento de fl. 08, a empresa apresentou as MFD's em atendimento a intimação.

Conclui que as planilhas elaboradas decorrem de operações extraídas da Leitura de Memória de Fita-Detalhe (fls. 14 a 21) indicando todos os dados inerentes aos cupons fiscais: datas das operações, números dos cupons fiscais, números dos ECF's, códigos de fabricação dos ECF's, códigos dos produtos, descrições dos produtos e valores, não devendo prosperar as alegações da de preterição ao direito de defesa.

No mérito, quanto aos produtos objeto da autuação pontua que:

I) PRODUTOS LEITE DO TIPO LONGA VIDA, LEITE EM PÓ e COMPOSTO LÁCTEO. A redução da carga tributária que equipara a 7%, prevista no art. 268, XXV e XXIX, do RICMS/2012/BA, refere-se

a produtos fabricados neste Estado e julgadores administrativos a análise da constitucionalidade do lançamento tributário, nos termos do art. 167, I e III do RPAF/BA.

Também que se tratando de benefício fiscal concedido aos produtos fabricados fora deste Estado, a regra acima deve ser interpretada de forma literal, nos termos do art. 108, § 2º c/c art. 111, CTN.

Ressalta que o CONSEF tem reiterado este entendimento conforme decisões proferidas nos Acórdãos JJF 0056-05/14; JJF 0145-05/16; JJF 0056-05/14; JJF 0293-02/12, bem como o Acórdão JJF 0194-01/16 foi mantido pelo Acórdão 0168-12/17 e o JJF 0200-04/16, foi mantido pelo Acórdão 0191-12/17.

Por fim, ao se analisar as decisões judiciais trazidas ao processo, vislumbra-se que as mesmas não têm o condão de negar a aplicabilidade da legislação estadual, uma vez que são decisões em pequeno número e que estão muito aquém de firmar jurisprudência sobre o assunto.

Quanto ao precedente judicial carreado aos autos, ressalta que o proferido pelo STF 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 do Estado.

II) Cosméticos. Contesta a alegação defensiva de que o adicional de 2% sobre as operações com cosméticos, somente passou a ter eficácia depois da IN SAT nº 5/2016, afirmando que o FECEP 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.

Nesse contexto afirma que as operações com cosméticos passaram a ser tributadas com o adicional de 2% (18% + 2%) a partir 10/03/2016, com base na Lei Estadual e a IN SAT 05/2016 teve por objetivo relacionar os cosméticos que estariam sujeitos ao referido adicional.

E caso o autuado tivesse dúvida sobre o alcance da palavra "cosméticos" contida na lei, poderia ter efetuado consulta formal à SEFAZ, no prazo de 90 dias entre a publicação e a vigência da lei.

Ressalta que esse entendimento já foi manifestado pelo CONSEF no Acórdão JJF 166-02/18.

Ressalta que apesar da defesa alegar que a eficácia do adicional somente teve início a partir da publicação da IN, efetivamente começou a acrescentar o percentual de 2% nas operações com cosméticos a partir da data designada na lei, conforme DANFE's acostados ao processo (fls. 201 a 205) mas devido à grande quantidade de cosméticos, alguns itens ficaram de fora.

III) PRODUTOS ISENTOS. Afirma ser correta a alegação defensiva de que o produto BP ERVILHA 3 trata-se de ervilha congelada, não cozida e não perde sua propriedade de estado natural, não devendo constar da infração, tendo excluído os valores correspondentes aos meses de: 08/2016: R\$5,10; 09/2016: R\$5,10; 10/2016: R\$11,04; 11/2016: R\$13,59; 12/2016: R\$13,59.

IV) PRODUTOS SUJEITOS À SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA

a) SECRET 269. Reconhece estar correta a alegação defensiva de que a bebida refrescante com teor alcoólico de 7,9%, está enquadrado no regime de substituição tributária e fez a exclusão dos valores correspondentes nos meses: 10/2016: R\$318,31; 11/2016: R\$73,91; 12/2016: R\$164,69.

b) LOMBO CANAD FT 100G. Quanto ao *“produto indicado em fl. 124, LOMBO CANAD FT 100G, estaria enquadrado na sistemática da substituição tributária, pertencendo ao item 11.25.1 do Anexo I do RICMS/BA”*. Afirma que não procede tal alegação, visto que a quase totalidade das operações de saída conferiu-lhe tributação normal, existindo uma única ocorrência no mês 12/2016, no valor total da operação de R\$64,80 sem tributação.

Juntou DANFE's às fls. 206 a 210 para demonstrar que o produto submete-se a tributação normal, com NCM 1601.00.00 – Enchidos e produtos semelhantes, de carne, de miudezas ou de sangue; preparações alimentícias à base de tais produtos, que não está inserido no Anexo I do RICMS/BA.

Conclui que diante das constatações, refez o demonstrativo analítico dos exercícios de 2015 e 2016 (fls. 211 a 214) o que implicou na redução do débito de R\$368.840,30 para R\$368.234,97, consolidado no novo Demonstrativo de Débito anexado à fl. 215.

Quanto ao percentual de multa aplicada, salienta que está amparada pelo artigo 42, II, “a” da Lei 7.014/96 e não há previsão legal que autorize a não aplicação ou a redução e falece competência ao fisco para se pronunciar a respeito da ilegalidade ou inconstitucionalidade da lei.

Com relação a aplicação da interpretação mais favorável ao contribuinte, afirma que não deve ser acolhido em razão de que não existem dúvidas quanto à infração imputada nos termos do art. 112 do CTN.

Manifesta que a SAT/DAT METRO/CPAF deve cientificar o autuado acerca da informação fiscal e novo demonstrativo de débito, concedendo prazo para se manifestar (§ 7º do art. 127 do RPAF/BA).

Cientificado, o autuado se manifestou às fls. 220 a 229, reiterando a preliminar de nulidade afirmando que a planilha elaborada pela fiscalização não identifica os cupons fiscais.

No mérito, reitera que a diferenciação na tributação de leite já foi reconhecida em decisões proferidas pelo TJBA; com relação aos cosméticos afirma que somente com a IN 05/2016 deu efetividade a cobrança da FECEP e o produto carne (LOMBO CANAD FT 100G) o autuante considerou a NCM 1601.00.00 e na planilha o produto tem a NCM 2101.900 que impõe tributação normal, mas o produto com NCM 0210, conta no item 11.25.1 do Anexo I do RICMS/BA como enquadrado na ST e deve ser afastada a exigência fiscal.

Reitera que a multa de 60% é exorbitante e como arguido na defesa deve ser reduzida ou cancelada, bem como deve ser dada a interpretação a legislação mais benéfica ao contribuinte.

O autuante presta nova informação fiscal (fls. 232 a 235), reitera as afirmações sobre a nulidade, e no mérito relativo aos produtos leite e cosméticos.

No que se refere ao produto LOMBO CANAD FT, afirma que basta consultar os DANFEs às fls. 206 a 210 para confirmar que a NCM é 1601.00.00 e deve ser mantida a exigência fiscal.

Na assentada do julgamento em 21/07/2020 o patrono do autuado na sustentação oral, ressaltou a nulidade suscitada alegando que a fiscalização não enfrentou a questão das inconsistências do levantamento fiscal, conforme quadro abaixo:

Item	DESC ITEM	Descrição	NCM
500178116	CHIN NATTUS DIV CORE	JORNAL MASSA SAB DOM - NE-JORNAL MASSA SA - JORNAL MASSA SABADO E DOMINGO FEIRA	49021000
500066956	DUO PACK SUST BAUNIL	FRAL TENA ULT M L8 P - NE-FRAL GER TENA ULT - FRALDA GERIATRICA TENA ULT M L8 P7	96190000
500162124	SABONETE VERO	RC PBALANCE AD CRN - RC PBALANCE AD CRN - RACAO PURE BALANCE CAO ADULTO CRN 3KG	23099010
500174640	CR PRTO LIMA O PURAT	DERBY PRATA MACO DQ - NE-DERBY PRATA MAÇO - CIGARRO DERBY PRATA MACO	24022000
500197334	POLENTA A BOLON	TABLET 7 NB185 MULTI - NE-TABLET 7 NB185 MU - TABLET 7 MULTILASER M7S NB185 QC1.2GHZ B	84714190
500317513	RAVIOLE AO MOLHO	ARR 7G AL POR RARIS - ARR 7G AL PORO RARIS - ARROZ 7 GAOS ALHO PORO RARIS 500G	10062010
500493013	LING PORT	PAO DA AVO 300G - NE-PAO DA AVO 300G - PÃO DA AVÓ ALONGADO PRÉ ASSADO 300G 12UN	19059090
500178117	CHIN NATTUS DIV CORE	JORNAL MASSA QUARTA - NE-JORNAL MASSA QUAR - JORNAL MASSA! QUARTA FEIRA	49021000
500493013	LING PORT	PAO DA AVO 300G - NE-PAO DA AVO 300G - PÃO DA AVÓ ALONGADO PRÉ ASSADO 300G 12UN	19059090
500041115	GUIARRA CARROS 2	PINHEIRO NATAL RED - NE-PINHEIRO NATAL - PINHEIRO NATALINO RED VELVET 400G	19059090
500494909	FILE SALMAO TEMP SAD	CROISS SIMPLES 100G - NE-CROISS SIMPL 100G - CROISSANT SIMPLES BIT 100G 30UN	19059090

Ressaltou também a aplicabilidade do enquadramento dos produtos cosméticos a submissão do Fundo Estadual de Combate à Erradicação da Pobreza (FECEPE) a partir da data da publicação da IN 05/2016.

VOTO

Inicialmente cabe apreciar a nulidade suscitada sob alegação de que a planilha que dá suporte a autuação não indica os cupons fiscais, dificultando o contraditório, o direito de defesa e o devido processo legal.

No que tange aos argumentos e quadro demonstrativo apresentado na sustentação oral, observo que os elementos contidos no processo indicam:

- A) Na defesa apresentada o autuado alegou que *“a falta de apresentação do cupom fiscal em si, constatou-se que em alguns casos há divergência entre a mercadoria indicada na planilha fiscal e a efetivamente comercializada”*.
- B) Na informação fiscal o autuante contestou dizendo que elaborou:
- Uma planilha com essas operações extraídas da Leitura de Memória de Fita-Detalhe e anexou-se aos autos (fls. 14 a 21). Nesta planilha pode-se claramente observar todos os dados inerentes aos cupons fiscais que deram origem à infração. Assim, constata-se, dentre outros dados, as datas das operações, os números dos cupons fiscais, os números dos ECF's, os códigos de fabricação dos ECF's, os códigos dos produtos, as descrições dos produtos, todos os valores relacionados às operações de saída e suas respectivas alíquotas com erro de aplicação.
- C) Na manifestação acerca da informação fiscal o defendente indicou a título de exemplo os itens 500178116 e 500178117, descritos como CHIN NATTUS DIV CORE que se trata de JORNAL MASSA SAB DOM - NE-JORNAL MASSA SA - JORNAL MASSA SABADO E DOMINGO e QUARTA FEIRA com NCM 49021000. Alegando não *“haver, por parte do fisco, comprovação que o código do produto que determina o item autuado esteja tratando do item correto”*.
- D) Na segunda informação fiscal o autuante contestou que *“a manifestante também menciona que pode ter ocorrido um erro na elaboração de sua EFD, contudo não menciona um único caso, não traz aos autos um dado sequer sobre esta possível inconsistência de seus arquivos eletrônicos, tanto na Defesa quanto nesta Manifestação”*.

Observo que conforme esclarecido na informação fiscal, o demonstrativo de fls. 11 a 13 (total gravado na mídia de fl. 76) indica a totalidade das operações de saída realizadas através de ECF's, (Registro C425) e NFC-e e NF-e. Por sua vez, o detalhamento das saídas por operação registradas nos ECFs são extraídos da Leitura de Memória de Fita-Detalhe (MFD), fornecida pelo estabelecimento autuado (fl. 08). Além disso, a fiscalização juntou um demonstrativo analítico por amostragem dos produtos, a exemplo das operações extraídas da Leitura de Memória de Fita-Detalhe (fls. 14 a 21) indicando todos os dados inerentes aos cupons fiscais datas das operações, números dos cupons fiscais, números dos ECF's, códigos de fabricação dos ECF's, códigos dos produtos, descrições dos produtos e valores. Tomando por exemplo o produto COMP PO ZERO NINHO 380 GR, à fl. 15 indica o ECF nº 111, cupom 453754 emitido em 04/01/2016.

Pelo exposto, o levantamento fiscal indica a coleta de dados na escrituração EFD do estabelecimento autuado, que ao contrário do que foi alegado, possibilitou exercer o seu direito de defesa, como o fez, indicando produtos em que não se aplica as alíquotas que o autuante entendeu serem aplicáveis.

Quanto à tabela de inconsistências apresentada na sustentação oral, constato que dos dez produtos relacionados, um não consta na planilha elaborada pela fiscalização (CR PRTO) e os outros nove indicam valores pouco relevantes (R\$206,29) que entendo não justificar a realização de uma diligência fiscal. Considero que, como o levantamento fiscal foi efetuado com base em dados coletados na EFD, com inserção de dados contidos na memória fiscal digital (MFD) dos emissores de cupom fiscal (ECF) do estabelecimento autuado, caberia ao defendente apresentar demonstrativo no qual indicasse todas as inconsistências nas planilhas elaboradas pela fiscalização em relação a sua escrita fiscal (EFD e MFD) e não indicação por amostragem.

A questão material será apreciada nas razões de mérito.

Portanto, não deve prosperar as alegações de preterição ao direito de defesa e fica rejeitada a nulidade suscitada.

No mérito, quanto à acusação de erro na aplicação de alíquota, o defendente alegou que em relação aos produtos:

- i) *Leite do tipo longa vida, composto lácteo e leite em pó*: impossibilidade de o Estado estabelecer carga tributária diferenciada em função da origem da mercadoria de outro Estado;

ii) *Cosméticos* – A aplicação do percentual de 2%, destinado ao FECEP só poderia ser exigido após a publicação da IN 05/2016 que “*Relaciona os produtos considerados como cosméticos*”;

iii) SKOL B SECRET e SKOL BEATS SECRET se submetem a substituição tributária

iv) BP ERVILHA 3 é isento (art. 265, I do RICMS/2012 c/c Convênio ICM 44/75);

v) LOMBO CANAD FT 100G tem a NCM 2101.900 que impõe tributação normal.

Quanto aos produtos SKOL BEATS SECRET e BP ERVILHA 3, na informação fiscal o autuante reconheceu que o primeiro se submete a substituição tributária e o segundo era isento, tendo excluído os valores correspondentes nos demonstrativos refeitos, inexistindo questionamentos.

Portanto, a lide persiste com relação ao leite, cosmético e lombo canadense, que passo a apreciar.

No que se refere aos produtos *Leite longa vida, composto lácteo e leite em pó*, observo que o art. 268, XXV (Dec. 16.151/2015, efeitos de 16/06/2015 a 31/01/2017) e XXIX (Dec. 17.304/2016, efeitos até 31/01/2017) do RICMS/2012, vigente no período fiscalizado (2015/2016) estabelecia redução da base de cálculo para os produtos produzidos no Estado, *de forma que a carga tributária incidente corresponda a 7%*.

Referente à alegação de inconstitucionalidade da legislação do Estado ao estabelecer tributação diferenciada na comercialização de leite adquirido no Estado e de fora do Estado, observo que conforme disposto no art. 155, II da CF 88 compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre operações relativas à circulação de mercadorias (ICMS), facultando ao Senado Federal (inc. V, “a” e VI) estabelecer alíquotas mínimas nas operações internas e fixar alíquotas máximas nas mesmas operações para resolver conflito específico que envolva interesse de Estados, sendo que, nos termos do disposto no inciso XII, “g”, as alíquotas internas nas operações relativas à circulação de mercadorias não podem ser inferiores às previstas para as operações interestaduais.

Por sua vez, o Plenário do STF decidiu que a natureza jurídica da redução de base de cálculo, configura uma espécie de isenção parcial (AI-AgR 449051/RS-29/06/06 e AI-ED 497755/PR 13/12/05).

Portanto, a redução de base de cálculo em 58,825% estabelecida no Dec. 7.826/00 para comercialização do leite e composto lácteo produzido no Estado equipara a 7% prevista para as operações de aquisição de leite nos Estados localizados na região Sul e Sudeste, não conflita com a regra constitucional.

Além do mais, conforme disposto no art. 167, I do RPAF/BA, não se incluem na competência dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade da legislação tributária.

Também, as decisões judiciais colacionadas aos autos não vinculam a Fazenda Pública Estadual, nem nega aplicabilidade da legislação tributária do Estado vigente à época da ocorrência dos fatos geradores, como decidido na segunda instância deste CONSEF a exemplo dos Acórdãos CJF 0168-12/17 e CJF 0191-12/17, que manteve a exigência julgada procedente na 1ª instância.

Portanto, em se tratando de comercialização de leite e composto lácteos adquiridos em outros estados (BETANIA, ITAMBÉ, CAMPONESA, PARMALAT, PIRACANJUBA e POLLY) fica mantida a exigência integral relativa a estes produtos.

Com relação aos cosméticos, observo que o art. 16-A da Lei 7.014/96 instituído pela Lei 13/461 de 10/12/15 com efeitos a partir de 10/03/2016 estabeleceu:

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 ... cosméticos,;

Neste aspecto, assiste razão à fiscalização, visto que o adicional de 2% sobre as operações com cosméticos foi instituído pela Lei nº 13.461/15, produziu efeitos a partir de 10/03/16, logo o fato gerador da obrigação tributária foi definido como necessário e suficiente à sua ocorrência a partir da edição da lei (art. 114 do CTN). A citada IN SAT 05/2016 veio apenas orientar o que deve ser considerado como cosméticos sujeitos ao adicional instituído pela Lei nº 13.461 que foi publicada em 10/12/15, com efeitos a partir de 10/03/16, ou seja, noventa dias depois. Ressalte-se que conforme aduzido pela fiscalização, caso o contribuinte tivesse dúvida o que deveria considerar cosméticos, poderia nestes noventa dias ter efetuado consulta a SEFAZ/BA, para dirimir possíveis dúvidas no que classificar os produtos comercializados como cosméticos.

Ressalto ainda que com relação ao argumento de que a publicação da IN SAT 05/2016 deve retroagir de forma interpretativa em relação a instituição do adicional de 2% sobre as operações com cosméticos pela Lei nº 13.461/15, o art. 106, I do CTN estabelece:

Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

I – em qualquer caso, quando seja expressamente interpretativa, excluída a aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados.

Na situação presente a citada IN SAT 05/2016 não se trata de lei interpretativa da Lei nº 13.461/15 e sim de orientação quanto ao que deve ser considerado como cosmético. Portanto, não cabe a exclusão de penalidade porque não há interpretação quanto aos dispositivos instituídos.

Assim sendo, fica mantida a exigência fiscal relativa ao produto cosmético.

Com relação ao produto LOMBO CANAD FT 100G, verifico que não foi abordado na defesa.

O autuante afirmou na informação fiscal (fl. 198) que o “*produto indicado em fl. 124, LOMBO CANAD FT 100G*”, não está enquadrado na substituição tributária, porque foi tributado na quase totalidade das operações de saída com tributação normal, existindo uma única ocorrência no mês 12/2016, no valor total da operação de R\$64,80 sem tributação, cf. DANFE’s às fls. 206 a 210 para demonstrar que o produto submete-se a tributação normal, com NCM 1601.00.00.

Na manifestação acerca da informação fiscal o autuado contestou que o autuante considerou a NCM 1601.00.00 e na planilha o produto tem a NCM 2101.900 que está na ST.

Na consulta ao arquivo gravado na mídia de fl. 76, constato que foram relacionados no mês 12/2016, saídas pelo ECF 111 com indicação da NCM 2101, conforme abaixo:

6	563	111	509314	03/12/2016	500659594_1	LOMBO CANAD DEF KG	2101900
6	563	111	509347	03/12/2016	500659594_1	LOMBO CANAD DEF KG	2101900
6	563	111	511288	20/12/2016	500659594_1	LOMBO CANAD DEF KG	2101900
6	563	111	512186	26/12/2016	500659594_1	LOMBO CANAD DEF KG	2101900
6	563	111	512186	26/12/2016	500659594_1	LOMBO CANAD DEF KG	2101900
6	563	111	512330	27/12/2016	500659594_1	LOMBO CANAD DEF KG	2101900
6	563	111	512330	27/12/2016	500659594_1	LOMBO CANAD DEF KG	2101900

Pelo exposto, assiste razão ao defendente, tendo em vista que o produto classificado com a NCM 0210.1 – Carnes e demais produtos comestíveis... consta no item 11.25.1 do Anexo I do RICMS/BA como enquadrado na ST e deve ser afastada a exigência fiscal.

Consequentemente, no demonstrativo de débito remanescente elaborado pela fiscalização (fl. 215) fica subtraído o valor de R\$64,80 no mês de dezembro/2016 que fica reduzido para R\$18.966,37 (19.031,17 – 64,80), permanecendo inalterado os demais meses.

Com relação aos produtos que a empresa alegou na sustentação oral terem sido relacionados pelo autuante de forma errônea na planilha original, que foi objeto da apreciação da nulidade, entendo que conforme apreciado anteriormente, trata-se de valor pouco relevante que justificasse a realização de uma diligência fiscal. Entretanto, na dúvida, faço a exclusão dos valores correspondentes contidos na planilha apresentada na sustentação oral, dos produtos relacionados na planilha da fiscalização totalizando R\$206,29, conforme planilha abaixo:

DATA	ESP DOC	CÓD ITEM	COD ITEM	DESC ITEM	DIF ICMS
30/06/2016	CF - ECF	'1-500178116_1'	1-500178116_1	CHIN NATTUS DIV CORE	1,80
30/06/2016	CF - ECF	'1-500178117_1'	1-500178117_1	CHIN NATTUS DIV CORE	0,99
31/07/2016	CF - ECF	'1-500178116_1'	1-500178116_1	CHIN NATTUS DIV CORE	0,63
31/07/2016	CF - ECF	'1-500178117_1'	1-500178117_1	CHIN NATTUS DIV CORE	0,36
31/08/2016	CF - ECF	'1-500178116_1'	1-500178116_1	CHIN NATTUS DIV CORE	1,08
31/08/2016	CF - ECF	'1-500178117_1'	1-500178117_1	CHIN NATTUS DIV CORE	1,39
30/09/2016	CF - ECF	'1-500178116_1'	1-500178116_1	CHIN NATTUS DIV CORE	3,60
30/09/2016	CF - ECF	'1-500178117_1'	1-500178117_1	CHIN NATTUS DIV CORE	1,35
31/10/2016	CF - ECF	'1-500178116_1'	1-500178116_1	CHIN NATTUS DIV CORE	2,34
31/10/2016	CF - ECF	'1-500178117_1'	1-500178117_1	CHIN NATTUS DIV CORE	1,89
30/11/2016	CF - ECF	'1-500178116_1'	1-500178116_1	CHIN NATTUS DIV CORE	2,34
30/11/2016	CF - ECF	'1-500178117_1'	1-500178117_1	CHIN NATTUS DIV CORE	1,44
31/12/2016	CF - ECF	'1-500178116_1'	1-500178116_1	CHIN NATTUS DIV CORE	2,61
31/12/2016	CF - ECF	'1-500178117_1'	1-500178117_1	CHIN NATTUS DIV CORE	1,44
					23,26
30/09/2016	CF - ECF	'2-500066956_1'	2-500066956_1	DUO PACK SUST BAUNIL	5,38
31/12/2016	CF - ECF	'5-500494909_1'	5-500494909_1	FILE SALMAO TEMP SAD	1,56
31/12/2016	CF - ECF	'1-500041115_1'	1-500041115_1	GUIARRA CARROS 2	27,80
30/09/2016	CF - ECF	'2-500493013_1'	2-500493013_1	LING PORT	1,08
31/10/2016	CF - ECF	'2-500493013_1'	2-500493013_1	LING PORT	3,23
					4,31
30/09/2016	CF - ECF	'2-500197334_1'	2-500197334_1	POLENTA A BOLON	16,74
30/09/2016	CF - ECF	'2-500317513_1'	2-500317513_1	RAVIOLE AO MOLHO	92,52
30/09/2016	CF - ECF	'2-500162124_1'	2-500162124_1	SABONETE VERO	34,72

206,29

O débito original de R\$368.840,30 que foi reduzido para R\$368.234,97 no demonstrativo refeito pelo autuante à fl. 215, com as duas exclusões feitas acima, fica reduzido para R\$367.963,88.

No que tange ao argumento de que a multa aplicada é desproporcional e confiscatória, observo que a multa aplicada de 60% é prevista no art. 42, II, “a” da Lei 7.014/96, portanto é legal.

Além disso, conforme indicado no Anexo do Demonstrativo do Débito (fl. 2), se atendidas as condições estabelecidas no art. 45 e 45-B do mencionado diploma legal, a multa aplicada poderá ter redução de até 70%. De certa forma, a depender da atitude tomada pelo estabelecimento autuado perante a infração que lhe é imputada, o ônus é menor do que o percentual de 60% grafado no Auto de Infração.

Com relação à alegação de que a multa de caráter confiscatório é inconstitucional, ressalto que de acordo com o artigo 167, inciso I, do RPAF/BA, não se inclui na competência deste órgão julgador a declaração de inconstitucionalidade da legislação tributária estadual.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, com redução do débito de R\$368.840,30 para R\$367.963,88 conforme demonstrativo abaixo

Data Ocorr	Data Vencto	Autuado	Refeito Fl. 215	Produto	Deduzido	Julgado
31/01/15	09/02/2015	968,23	968,23			968,23
28/02/15	09/03/2015	631,31	631,31			631,31
31/03/15	09/04/2015	1.732,58	1.732,58			1.732,58
30/04/15	09/05/2015	4.515,02	4.515,02			4.515,02
31/05/15	09/06/2015	4.497,53	4.497,53			4.497,53
30/06/15	09/07/2015	853,21	853,21			853,21
31/07/15	09/08/2015	784,46	784,46			784,46
31/08/15	09/09/2015	794,72	794,72			794,72
30/09/15	09/10/2015	4.240,90	4.240,90			4.240,90
31/10/15	09/11/2015	19.382,17	19.382,17			19.382,17
30/11/15	09/12/2015	19.977,87	19.977,87			19.977,87

31/12/15	09/01/2016	21.775,74	21.775,74			21.775,74
31/01/16	09/02/2016	43.150,97	43.150,97			43.150,97
29/02/16	09/03/2016	20.779,40	20.779,40			20.779,40
31/03/16	09/04/2016	24.232,62	24.232,62			24.232,62
30/04/16	09/05/2016	25.424,99	25.424,99			25.424,99
31/05/16	09/06/2016	26.132,84	26.132,84			26.132,84
30/06/16	09/07/2016	21.128,96	21.128,96	CHIN NATTUS DIV CORE	2,79	21.126,17
31/07/16	09/08/2016	22.318,20	22.318,20	CHIN NATTUS DIV CORE	0,99	22.317,21
31/08/16	09/09/2016	22.201,08	22.195,98	CHIN NATTUS DIV CORE	2,47	22.193,51
30/09/16	09/10/2016	21.156,04	21.150,94	CHIN+DUO+POL+LING	155,39	20.995,55
31/10/16	09/11/2016	24.328,56	23.999,21	CHIN + LING	7,46	23.991,75
30/11/16	09/12/2016	18.623,45	18.535,95	CHIN NATTUS DIV CORE	3,78	18.532,17
31/12/16	09/01/2017	19.209,45	19.031,17	CHIN+FILE+GUIT=LOMB	98,21	18.932,96
Total		368.840,30	368.234,97		271,09	367.963,88

VOTO DIVERGENTE (Quanto ao afastamento da penalidade relativa ao produto cosmético)

Respeitosamente, peço reverência aos demais Conselheiros para divergir apenas no tocante à aplicação da penalidade de 60% para o ICMS incidente sobre operações mercantis que envolvem produtos classificados na postulação fiscal como **cosméticos**.

A cobrança veio da circunstância de tais produtos estarem na previsão do art. 16-A da Lei 7.014/96, na redação conferida pela Lei 13.461/2015, que passou a surtir efeitos **a partir de 10.3.2016**. Assim, se submetem à alíquota adicional de 2%, cuja arrecadação é revertida em favor do Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza - FECEP.

Importante retornar à baila o dispositivo:

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 ... cosméticos,;

Posteriormente, no intuito de dar conotação interpretativa ao que significa cosméticos – conceito que ganha larga amplitude, se assim delineado - resolveu o legislador infralegal estabelecer, para efeito de cobrança do adicional de 2% para o FECEP, o que significa cosméticos, fazendo publicar a IN 05/2016, com o seguinte teor:

INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 05/2016 (Publicada no Diário Oficial de **17/09/2016**)

Relaciona os produtos **considerados como cosméticos** para efeitos da incidência do adicional do Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza.

O SUPERINTENDENTE DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA, no uso de suas atribuições e para efeito do disposto no art. 16-A, parágrafo único, inciso I da Lei nº 7.014, de 04 de dezembro de 1996, resolve expedir a seguinte INSTRUÇÃO:

1 - 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.

2 - Esta Instrução Normativa entra em vigor na data da sua publicação.

Verifica-se, portanto, entre o dispositivo de lei e o da norma complementar, um hiato temporal aproximado de **seis meses**, na medida em que o primeiro produziu efeitos jurídicos a partir de 10.3.2016, o segundo a partir de 17.9.2016.

A autuação, por sua vez, abrange fatos geradores ocorridos antes de 17.9.2016, data de publicação da Instrução Normativa.

Extraí-se nitidamente o caráter interpretativo da norma complementar em comento. Nela, em Anexo Único, relaciona-se mercadorias (e respectivas NCMs) que são consideradas cosméticos, para efeito da tributação adicional do “Fundo de Pobreza”.

Com o advento da IN 05/2016, esclareceu-se a dúvida. Pôs-se lindes ao aspecto material de tributação. Interpretou-se a regra de lei, contida no art. 16-A da Lei 7.014/96.

Fisco e contribuinte, até então, não sabiam ao certo o que considerar cosmético para efeito da cobrança dos 2%, exatamente o que se cobra no presente PAF. Uma consulta não iria ser respondida pelo aparelho tributário, enquanto não surgisse uma norma que pusesse luzes à discussão.

Tanto havia dúvidas entre os sujeitos ativo e passivo que houve necessidade de ser publicada a IN 05/2016. Do contrário, nada precisaria ser esclarecido e interpretado.

Assim, há de se revestir de natureza interpretativa o conteúdo da citada Instrução. E, nesta função, é de se aplicar o comando do art. 106, I, do CTN, abaixo reproduzido, até porque não soa razoável punir o contribuinte em virtude de uma incidência material que apontava ser vaga e imprecisa na lei, sendo exagero impingir-lo da cobrança do imposto acrescido de penalidades:

Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

I - em qualquer caso, quando seja expressamente interpretativa, excluída a aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados;

Tal raciocínio não é estranho a este Conselho.

Ao contrário: solução rigorosamente igual é adotada para os casos em que se dispensou penalidade para atingir créditos fiscais em transferências interestaduais, com escopo na entrada mais recente, em operações realizadas **antes** da IN 52/2013, publicada em 18.10.2013.

Peço licença para citar o entendimento adotado nos Ac. Nº 0344-12/19, Nº 0391-12/19 e Nº 0365-12/19, da 2ª CCJ, só para ficar nos promulgados em 2019.

E, agora mesmo em 2020, os Ac. Nº 0001-12/20, Nº 0007-12/20 e Nº 0075-12/20-VD, todos oriundos da 2ª CJF.

Vale destacar um detalhe que não desnatura o esforço de comparação. É que nas decisões citadas a exclusão da multa veio na esteira do parágrafo único do art. 100 do CTN. A lógica, entretanto, é a mesma.

Ali, pretendeu-se esclarecer o modo de calcular os créditos fiscais recebidos em transferências oriundas de outros Estados, à luz da LC 87/96, e desta forma a referida IN 52/2013 também foi cunhada com o teor interpretativo. Apenas aplicou-se o art. 100 porque antes havia uma prática fiscalizatória diversa. **Aqui**, com a IN 05/2016, pretendeu-se esclarecer quais tipos de mercadorias seriam consideradas cosméticos para o fim de se exigir o adicional de 2%.

Mas **ambos os casos** tratam de dispositivos de lei que mereciam **interpretação** e, em vista desta necessidade, adveio uma norma complementar – concretizada numa Instrução Normativa.

Ganha especial destaque o Ac. 0275-12/15, oriundo da 2ª CCJ, cuja ementa foi a seguinte:

PROCESSO - A. I. Nº 206891.0020/14-0
RECORRENTE - CENCOSUD BRASIL COMERCIAL LTDA. (G.BARBOSA - FILIAL 35)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0243-03/14
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 11/09/2015

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO CJF Nº 0275-12/15

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. TRANSFERÊNCIAS INTERESTADUAIS ENTRE ESTABELECIMENTOS DE MESMA TITULARIDADE (CENTRO DE DISTRIBUIÇÃO PARA CENTRO DE DISTRIBUIÇÃO), COM BASE DE CÁLCULO SUPERIOR À LEGALMENTE PREVISTA. Para fins de utilização de créditos fiscais nas transferências interestaduais entre estabelecimentos não fabricantes de mesma titularidade, deverá ser adotada a base de cálculo de acordo com o valor da entrada mais recente no remetente. Decretada, de ofício, a **exclusão da multa aplicada**. Vencido o voto do relator. Decisão não unânime. Rejeitada a preliminar de nulidade. Decisão unânime. Não acolhida a preliminar de decadência. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão por maioria.

Cabe ainda trazer os seguintes trechos do voto vencedor:

Entretanto, subsidiariamente, vencido no mérito e prevalecendo o entendimento que a citada Instrução Normativa possui caráter eminentemente interpretativo, conduz o trabalho fiscal e induz a erro o contribuinte, imperioso se faz a aplicação da retroatividade benigna insculpida no art. 106, I do CTN para o fim de afastar a aplicação da multa em razão de os fatos geradores serem anteriores à edição do referido dispositivo

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime quanto à exclusão da multa aplicada e, por maioria quanto ao mérito, com voto de qualidade do presidente, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e, de ofício, **excluir a multa aplicada** para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206891.0020/14-0**, lavrado contra **CENCOSUD BRASIL COMERCIAL LTDA. (G.BARBOSA - FILIAL 35)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$535.640,82**, e dos acréscimos legais, sem incidência da multa aplicada de 60%, **conforme o art. 106, I, do CTN**.

Digno de transcrição o seguinte julgado, proferido pela 2ª CJF há pouquíssimos meses em 2020:

PAF: 206891.0009/16-3

CONTRIBUINTE: LOJAS RIACHUELO SA, INSCRIÇÃO ESTADUAL 072.679.823

AUTUANTE: MARCOS ANTONIO DA SILVA CARNEIRO, PAULO CESAR DA SILVA BRITO, EUZIANE GOUVEIA DA SILVA

UNIDADE: CONSEF/2A CAMARA - Nr SESSÃO: 033/2020

DATA DO JULGAMENTO/HORÁRIO: 22/04/2020 - 14:00

RELATOR: JOSE RAIMUNDO OLIVEIRA PINHO

TIPO DE RECURSO OU DEFESA: RECURSO VOLUNTÁRIO

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. TRANSFERÊNCIAS INTERESTADUAIS ENTRE ESTABELECIMENTOS DA MESMA EMPRESA COM BASE DE CÁLCULO SUPERIOR À LEGALMENTE PREVISTA. OPERAÇÕES ORIGINÁRIAS DE ESTABELECIMENTOS COMERCIAIS OU CENTROS DE DISTRIBUIÇÃO. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. A fiscalização efetuou o cálculo da diferença entre as bases de cálculo, cujos valores foram registrados nas notas fiscais de transferências, e os equivalentes às entradas mais recentes, nos termos do art. 13, § 4º, I da Lei Complementar nº 87/96, c/c art. 17, § 7º, I da Lei Estadual nº 7.014/96. Entende-se que há razoabilidade na exclusão da multa, sob o argumento de que foi aplicada no lançamento fiscal em períodos anteriores à edição da Instrução Normativa nº 52/2013, a qual, é uma norma meramente interpretativa, conforme o art. 106, I do CTN. A Instrução Normativa, tem caráter nitidamente interpretativo, estabeleceu que o valor da entrada mais recente é o valor efetivamente suportado pelo adquirente, já que o ICMS pago na aquisição é recuperado, mediante lançamento a crédito na sua conta corrente fiscal. Sendo assim, os autos referentes ao período de 01/01/2012 a 31/12/2012 e a instrução normativa, de outubro de 2013. Exclui-se a aplicação da penalidade à infração dos dispositivos interpretados, onde dispensa-se conforme constante no dispositivo citado do CTN. Infração parcialmente subsistente. Não acolhidas as arguições de nulidade. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Vencido o voto do relator. Decisão por maioria.

Resolução:

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria, com voto de qualidade do presidente, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida, e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 206891.0009/16-3, lavrado contra **LOJAS RIACHUELO S.A.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$345.741,58**, sem incidência da multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a” da Lei nº 7.014/96, conforme previsão nos termos do art. 106, I do CTN, e dos acréscimos legais.

VOTO VENCEDOR – Conselheiros: Ildemar José Landin, Marcelo Mattedi e Silva e Maurício Souza Passos.

VOTOS VENCIDO e EM SEPARADOS* (I e II) - Conselheiros(as): José Raimundo Oliveira Pinho, Carlos Henrique Jorge Gantois* e Leila Barreto Nogueira Vilas Boas*.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 22 de abril de 2020.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO OLIVEIRA PINHO – RELATOR
CARLOS HENRIQUE JORGE GANTOIS - VOTO EM SEPARADO I
LEILA BARRETO NOGUEIRA VILAS BOAS - VOTO EM SEPARADO II
ILDEMAR JOSÉ LANDIN - VOTO VENCEDOR
JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS

CONSEF, 22 de abril de 2020.

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA – Julgador
MAURICIO SOUZA PASSOS – Presidente
CARLOS HENRIQUE JORGE GANTOIS - Representante Comércio
LEILA BARRETO NOGUEIRA VILAS BOAS - Representante Industria
JOSE RAIMUNDO OLIVEIRA PINHO - Representante Transporte

DEBORA MARIA BORGES MATOS – Secretário

ROBSON VICENTE ROSARIO - Secretário Substituto

Tem a norma contida na IN 05/2016 **caráter interpretativo** porque delimita o campo de incidência para a cobrança dos 2% para cosméticos. Antes dela, o campo era indeterminado, qualquer produto que se prestasse a assumir propriedades estéticas poderia ser enquadrado como tal.

Não pode ser o contribuinte sancionado com esta imprecisão material de incidência. A cobrança pode ser feita retroativamente, mas não deve arcar com as consequências punitivas porque deixou de atentar para uma norma que carecia de esclarecimentos. Deve-se cobrar o ICMS, mas, *data maxima venia*, sem imposição de multa.

Assim, pedimos licença mais uma vez para, divergindo da posição da maioria, retirar a aplicação da multa de 60%, proposta para a exigência dos 2% adicionais para os cosméticos elencados na autuação.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por decisão não unânime, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **281424.0005/19-0**, lavrado contra **BOMPREGO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$367.963,88**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de julho de 2020.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE/RELATOR

PAULO DANILO REIS LOPES – JULGADOR

VLADIMIR MIRANDA MORGADO – JULGADOR/VOTO DIVERGENTE
(Quanto ao afastamento da penalidade relativa ao produto cosmético)