

A.I. Nº - 281424.0011/19-0
AUTUADO - BOMPREÇO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA.
AUTUANTE - CARLITO NEVES DE LACERDA JÚNIOR
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 26/01/2021

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0248-03/20-VD

EMENTA: ICMS. RECOLHIMENTO A MENOS. ALÍQUOTAS. APLICAÇÃO DIVERSA DA PREVISTA NA LEGISLAÇÃO. A redução da base de cálculo de forma que a carga tributária corresponda a 7% nas operações internas com o leite longa vida, é restrita ao produto fabricado neste Estado (art. 268, XXV e XXIX do RICMS/12). A vigência da incidência de mais 2% para o Fundo de Combate à pobreza, sobre as operações com cosméticos, é dada 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. Contribuinte não apresenta elementos com o condão de elidir a acusação fiscal. Infração subsistente. Não acatado pedido de nulidade. Indeferido pedido de redução ou cancelamento da multa. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração foi lavrado em 24/09/2019, e exige crédito tributário no valor de R\$189.095,25, acrescido da multa de 60%, pelo recolhimento a menos de 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).

O Autuado impugna o lançamento fiscal fls.76/96. Afirma que vem, respeitosamente, por seu advogado que ao final subscreve, com escritório na Rua do Brum, nº 196, bairro do Recife, Estado de Pernambuco, CEP50030-260, endereço eletrônico intimacao@ivobarboza.adv.br, onde receberá intimações e notificações, apresentar, na forma do RPAF/BA, impugnação ao Auto de Infração em epígrafe, o que faz nos termos a seguir expostos. Registra a tempestividade de sua defesa. Esclarece que, em cumprimento ao § 3º, do art. 8º, do RPAF, enviou para o endereço eletrônico consefprocessos@sefaz.ba.gov.br a cópia exata da Impugnação. Repete os fatos que ensejaram a autuação.

Entretanto, diz que em que pese o esforço do Autuante e sua capacidade técnica, improcede a exigência em razão de ter a acusação fiscal autuado mercadorias que possuem redução de base de cálculo, bem como, mercadorias sujeitas à alíquota de 18% ao invés de 20%. Assim, a Autuação Fiscal combatida deve ser julgada improcedente, pelos fundamentos que passa a expor.

a.1) Produtos com suposto erro na adoção da alíquota - leite do tipo longa vida, composto lácteo e leite em pó - Segundo a acusação fiscal, teria calculado de forma equivocada o imposto que deveria ter sido recolhido na saída do produto leite em pó, composto lácteo e leite do tipo longa vida, uma vez que, ora utilizou a carga tributária de 7%, ora utilizou a carga tributária de 12%, quando deveria ser de 17% e 18% (a partir de março de 2016), no período relativo ao ano de 2016.

Esclarece ser de 7% a alíquota aplicável com relação ao leite do tipo longa vida, compostos lácteos e leite em pó, contudo, para alguns itens, acabou colocando, equivocadamente, a alíquota de 12%, quando deveria ser de 7%.

Neste sentido, aduz que a justificativa fiscal para a autuação está no fato de que a legislação estadual (RICMS/2012) só permite a redução da base de cálculo para o leite em pó produzido no

Estado. Reproduz o art. 268, XXV e XXIX do RICMS/12. Cita as mercadorias relacionadas na autuação. Todavia, entende 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.

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

Sobre o tema invoca o art. 150, V, da Carta Magna, que veda à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios *“estabelecer limitações de tráfego de pessoas ou bens, por meio de tributos interestaduais ou intermunicipais, ressalvada a cobrança de pedágio pela utilização de vias conservadas pelo Poder Público”*. Cita lição do Prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho.

Além do que, frisa que o princípio da isonomia consagrado no art. 5º e 150, II, da Constituição, também impede que se dê tratamento diferenciado entre produtos internos e de outros Estados. Entende que ao conferir o privilégio de carga tributária diferenciada (redução de base de cálculo) para os produtos locais e, por outro lado, obrigar que o leite produzido nas demais Unidades da Federação sofra tributação superior pelo ICMS, atropela, o princípio da isonomia, assim como a proibição ao limite de tráfego em razão de sua origem, previsto na Carta Magna.

Em outras palavras, afirma 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 17% e 18% (esta última, a partir de março de 2016) de ICMS, enquanto o produtor local tem sua taxa reduzida a 7%.

Conclui afirmando 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.

Informa 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. Acrescenta que a sentença proferida nos autos da Ação Anulatória nº 0375591-23.2013.8.05.0001 destacada, foi confirmada pelo Tribunal de Justiça da Bahia, de modo a não haver discriminação tributária (guerra fiscal), conforme reproduz.

Do mesmo modo, destaca 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 consta no polo ativo da demanda um dos seus estabelecimentos, decidiu pela impossibilidade da diferenciação de alíquota relativamente ao leite longa vida, entendimento que deve ser aplicado ao presente caso.

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 Superior Tribunal Federal, ou seja, pela inconstitucionalidade do tratamento diferenciado para as operações internas e interestaduais para o mesmo produto. (STF, ADI 3389 MC, Relator(a): Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, julgado em 29/03/2006).

Portanto, afirma que a improcedência se impõe porque, considerando que o Estado da Bahia confere tratamento diferenciado ao leite produzido fora do Estado, em favor do produzido

internamente, afronta aos arts. 1º, 5º, 150, II e V, 155, II, § 2º, XII, “g” e 152, todos da Carta da República, dispositivos hierarquicamente superiores à legislação estadual.

Nota que tanto é verdade, que diante da repercussão gerada, acharam por bem revogar os artigos pertinentes a presente discussão a partir de 01/02/2017, como transcreve. Acontece que as ocorrências da autuação fiscal em epígrafe com relação aos citados itens foram referentes ao período de 2016, razão pela qual, os fatos geradores autuados estavam acobertados pelo benefício da redução de base de cálculo.

Remata que diante do exposto, o benefício concedido leite em pó e aos compostos lácteos produzidos neste Estado (da Bahia) deve se estender também, aos demais Estados, atribuindo-se tratamento igualitário aos produtos beneficiados independentemente da procedência, devendo o Auto de Infração ser declarado improcedente.

a.2) Cosméticos – itens sujeitos a alíquota de 18% ao invés dos 20% cobrados na autuação.

Afirma que conforme se verifica da autuação em epígrafe, há produtos (cosméticos) que foram comercializados com carga tributária de 18%, quando, segundo a fiscalização, deveria ter sido aplicada a alíquota de 20%, gerando uma diferença a ser paga a título de ICMS.

Explica que a referida diferença de percentual (2%) se deu em razão do que constou na Instrução Normativa nº 05/2016, publicada em 16/09/2016, que *“Relaciona os produtos considerados como cosméticos para efeitos da incidência do adicional do Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza.”* E o montante destinado ao referido fundo foi determinado através de uma adição de dois pontos percentuais na alíquota do ICMS, tendo havido, através da citada Instrução Normativa, a inclusão dos cosméticos apenas, a partir de setembro de 2016.

Desta forma, aduz que os itens descritos na planilha de autuação, são todos cosméticos, sujeitos a alíquota de 18% e, apesar de constarem no Anexo Único da Instrução Normativa nº 05/2016, não estavam, à época da sua comercialização, afetados pela adição do percentual de 2% na alíquota do ICMS incidente.

Explica que os produtos citados são classificados como cremes para depilação (NCM/SH 3307.9), cremes nutritivos (NCM/SH 3304.99.1), loções (NCM/SH 3304.99.1), tinturas temporárias para o cabelo (NCM/SH 3305.9), esmaltes (NCM/SH 3304.3), pó para maquiagem (NCM/SH 3304.91), produtos de maquiagem para os lábios (NCM/SH 3304.1) etc.

Neste contexto, assevera que a autuação dos referidos itens, que cobra a diferença relativa ao percentual de 2%, não merece prosperar, haja vista que ao tempo do fato gerador, a alíquota aplicável era a de 18%.

A respeito da multa aplicada entende ser exorbitante. Frisa que mesmo diante da comprovação da insubsistência da exigência fiscal, ainda subsiste mais uma impropriedade, desta vez com relação à multa aplicada no percentual de 60% sobre o valor principal. Salienta 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.

Observa que inexistindo o elemento subjetivo do tipo infracional, afasta-se a possibilidade de aplicação da multa, ou impõe-se sua exclusão, ou, quando menos, sua redução. Afirma que o Supremo Tribunal Federal, desde os idos de 1980, já entendia pela aplicabilidade do princípio do não-confisco às multas tributárias, admitindo sua equitativa redução pelo magistrado. Concretizando tal entendimento, o Min. Xavier de Albuquerque, quando do julgamento do RE nº 81.550/MG, reduziu multa imposta para 30%.

Acrescenta que em julgados mais recentes, proferidos inclusive em sede de controle concentrado (com efeitos vinculantes e erga omnes), o Supremo Tribunal Federal consolidou seu entendimento, tanto pela possibilidade de aplicação do princípio da vedação de confisco às multas tributárias, quanto para estabelecer entre 20% e 30% o parâmetro razoável a título de

penalidade, superior ao qual se adentra na esfera do confisco. Em acórdão proferido em meados de 2010, o Supremo Tribunal Federal reiterou esse seu entendimento, confirmando entre 20 e 30% o patamar razoável para a aplicação de multas tributárias, o qual, se olvidado, redundaria em violação ao princípio do não-confisco.

Requer, de logo, o reconhecimento da improcedência da autuação, no que atine à multa fixada, ou subsidiariamente, para sua redução a patamar razoável (entre 20% e 30%). Aduz que é de ser levado em consideração também, o benefício da dúvida estampado no art. 112, do CTN.

Ante ao exposto, requer o reconhecimento e declaração/decretação da nulidade e/ou improcedência da exigência fiscal, diante da impropriedade da exigência fiscal.

Sucessivamente, pede que, em não sendo acolhido o pedido anterior, seja reduzida ou mesmo afastada a multa aplicada, em respeito ao princípio da razoabilidade, proporcionalidade e do não confisco. Requer, outrossim, que em caso de dúvida se interprete a norma jurídica da forma mais favorável à Impugnante (art. 112 do CTN).

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

O Autuante presta a **informação fiscal** fls.131/140. Repete a irregularidade apurada em ação fiscal. Explica que a Empresa, inconformada com o procedimento fiscal, apresentou, tempestivamente, através de seu advogado legalmente constituído, impugnação ao lançamento do crédito tributário conforme documentos às fls. 75 a 129, cujos fatos e fundamentos de mérito trazidos ao processo passam a ser analisados, em detalhes, a seguir.

Especificamente em relação às saídas dos produtos “Leite Tipo Longa Vida”, “Leite em Pó” e “Composto Lácteo em Pó”, ora utilizando a carga tributária de 7%, ora utilizando a carga tributária de 12%, indiscriminadamente, sejam fabricados no Estado da Bahia, ou não, afirma que infringiu-se o art. 268, incisos XXV e XXIX, do RICMS/2012/BA, que concede redução de base de cálculo, reduzindo a carga tributária a 7%, apenas aos produtos fabricados neste Estado.

Sintetiza os argumentos defensivos sobre inconstitucionalidade do lançamento fiscal, para dizer que não cabe, nem ao autuante, nem aos julgadores administrativos, a análise da constitucionalidade do lançamento tributário, sendo-lhes vedado negar aplicação a ato normativo (de qualquer natureza) emanado de autoridade superior. O próprio Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, em seu artigo 167, incisos I e III faz esta restrição, como transcreve.

Reproduz dispositivo regulamentar sobre o tema, para ficar evidente, que para haver a redução da base de cálculo, o produto deve ser fabricado na Bahia. Portanto, as operações internas, ora analisadas e devidamente relacionadas no demonstrativo da fiscalização de fls. 12 a 14, atingem frontalmente a norma tributária baiana, pois não concedem o referido benefício aos produtos fabricados fora deste Estado. Por ser norma de benefício fiscal, a regra deve ser interpretada de forma literal, e não deve resultar em dispensa de pagamento de tributo devido, a teor do art. 108, § 2º, c/c art. 111, CTN.

Noutro giro, afirma que não é o caso de se falar em óbices ao tráfego de mercadorias em função de procedência ou de destino. Este tem sido o reiterado entendimento do CONSEF, como esclarece a decisão proferida no Acórdão JJF Nº 0056-05/14 da 5ª Junta de Julgamento Fiscal, que reproduz. Assim, o entendimento do CONSEF está plenamente consolidado em reiteradas decisões sobre este assunto. É por exemplo, a decisão da 5ª Junta de Julgamento Fiscal, no Acórdão JJF Nº 0145-05/16, que julgando caso idêntico ao da empresa Autuada, ratifica seu entendimento.

Informa que outras recentes decisões que transcreve, todas julgando procedentes autuações de natureza idêntica ao presente processo e contra a mesma empresa Impugnante: Acórdão 1ª JJF nº 0194-01/16, mantido pelo Acórdão nº 0168-12/17- 2ª Câmara de Julgamento; - Acórdão 4ª JJF nº 0200-04/16, mantido pelo Acórdão nº 0191-12/17 – 2ª Câmara de Julgamento.

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

Acrescenta que também o precedente judicial citado pela Defendente, como aquele proferido pelo STF, da mesma forma não vincula a Fazenda Pública Baiana, uma vez que esta não figurou como parte, e nem a declaração de inconstitucionalidade retirou do ordenamento jurídico pátrio ato normativo originário deste Estado.

Sendo assim, diz que não devem ser acolhidos os argumentos da Impugnante concernentes aos produtos “Leite Tipo Longa Vida”, “Leite em Pó” e “Composto Lácteo em Pó”.

No que diz respeito aos Cosméticos, após repetir os argumentos defensivos afirma 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, conforme reproduz. Conclui 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.

Esclarece que em 09/2016 foi publicada a Instrução Normativa de nº 05/2016 pelo Superintendente de Administração Tributária, com o objetivo de relacionar os cosméticos que estariam sujeitos ao referido adicional. Como se sabe, uma instrução normativa é um ato puramente administrativo, uma norma complementar administrativa. Desta forma, a instrução normativa deve sempre estar em consonância com o ordenamento jurídico, não podendo inovar leis ou decretos, em respeito ao princípio da hierarquia das normas. Então, se a lei em questão normatizou sua vigência para 10/03/2006, é a partir desta data que ela entra definitivamente em vigor.

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

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

Na prática, no entanto, apesar de estar em sua Defesa alegando a eficácia do referido adicional somente 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, ou seja, seguiu inicialmente a legislação em vigor. Porém, devido à grande quantidade de produtos que compõem o segmento de cosméticos, alguns itens ficaram de fora da alteração efetivada pela Autuada em seus sistemas, sendo estes itens que estão, por ora, sendo cobrados no demonstrativo da fiscalização. Assim, por exemplo, a grande maioria dos esmaltes, batons, cremes, etc. (que são centenas) se adequaram à nova legislação, mas alguns itens ficaram de fora da alteração, continuando com a tributação unicamente de 18%.

Destaca que ao se analisar o demonstrativo de cobrança verifica-se que, mesmo após a edição da instrução normativa, as irregularidades, para aqueles itens que não foram alcançados pela alteração nos sistemas, persistiram até o final do exercício fiscalizado. Não devem ser acolhidas, portanto, as alegações da Autuada.

Sobre a alegação de que a multa aplicada é exorbitante salienta que a referida multa está amparada pelo artigo 42, inciso II, alínea “a”, da Lei 7.014/96. Afirma que não há previsão legal que autorize a não aplicação ou a redução pleiteada, e falece competência ao fisco para se pronunciar a respeito da ilegalidade ou inconstitucionalidade da mencionada lei. Assim, por haver norma legal em vigor e com eficácia plena, não se pode atender à solicitação da Defendente.

Por fim, a Autuada requer a aplicação da interpretação mais favorável ao contribuinte, caso haja dúvida na interpretação da norma. Diz que em seu entendimento, não há como prosperar a

aplicação desse princípio, uma vez que não existem dúvidas quanto à infração imputada, nos termos do artigo 112 do CTN.

Ante ao exposto e em virtude de que a empresa não trouxe elementos ao processo que pudessem elidir a acusação fiscal, solicita que seja o presente PAF julgado procedente em sua plenitude.

Na sessão de julgamento, dia 03/12/2020, foi realizada sustentação oral pelo patrono da autuada, Dr. Alexandre de Araújo Albuquerque, OAB/PE nº 25.108.

VOTO

Preliminarmente, analisando os elementos que compõem o presente PAF, verifico que o Auto de Infração foi lavrado em consonância com a lei nº 7014/96 e o RICMS/2012. A irregularidade apurada está devidamente demonstrada no levantamento fiscal, demonstrativo fls.12/27, cópias de notas fiscais fls. 29/42, que servem de base ao Auto de Infração, tendo sido dada ciência ao contribuinte, comprovante de recebimento fl.44, lhe possibilitando defender-se, não havendo, portanto, que se falar em cerceamento de defesa. A apuração do imposto se encontra em conformidade com o fato descrito no corpo do Auto de Infração.

Nesse sentido, no que tange às questões formais, verifico estarem presentes os pressupostos de validade processual, não faltando requisitos essenciais na lavratura do auto de infração, encontrando-se definidos, o autuado, o montante devido e o fato gerador do débito tributário reclamado. 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.

Sobre o pedido de perícia técnica ao feito, fica indeferido de plano. Com fulcro no art. 147 II do RPAF/99, entendo ser desnecessária a requerida perícia técnica, tendo em vista outras provas produzidas constantes do PAF, considerando que os elementos contidos nos autos são suficientes para a análise do mérito e conclusões acerca da lide

No mérito, versa o presente Auto de Infração sobre exigência de crédito tributário, no valor de R\$189.095,25, acrescido da multa de 60%, pelo recolhimento a menos de 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).

O defendente mostrou-se inconformado, e rebateu dois itens do levantamento fiscal: **a.1)** Produtos com erro na adoção da alíquota - leite do tipo longa vida, composto lácteo e leite em pó; e **a.2)** Cosméticos.

Com relação ao leite do tipo longa vida, compostos lácteos e leite em pó, o defendente alegou que acabou colocando, equivocadamente, a alíquota de 12%, quando deveria ser de 7%. Todavia, entende que improcede a limitação imposta pelo Estado da Bahia, 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.

Observo que, de fato, o RICMS-BA vigente, no art. 268, XXV e XXIX do RICMS/12, contempla as operações internas com leite de gado tipo longa vida (esterilizado) fabricado neste Estado, com a redução da base de cálculo, de forma que a carga tributária incidente na operação corresponda ao percentual de 7% (sete por cento). Portanto, apenas nas operações internas com leite de gado tipo longa vida (esterilizado), bebidas lácteas e leite em pó, adquiridos de fabricantes estabelecidos neste Estado, o contribuinte poderá utilizar o benefício estabelecido no dispositivo mencionado e aplicar a alíquota de 17% ou 18% sobre a base de cálculo reduzida, de forma que a carga tributária incidente na operação, corresponda ao percentual de 7% (sete por cento). Sobre a matéria, assim estabelece o mandamento do regulamento de ICMS abaixo descrito:

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);

A própria escrituração fiscal do sujeito passivo atesta a origem do leite, cuja redução da base de cálculo foi constrangida, ao efetuar o registro das saídas com alíquota de 7%, como provam os documentos trazidos aos autos.

Diante de tais pressupostos, prevelece entendimento neste CONSEF, que a redução da base de cálculo, objeto da presente lide é um benefício fiscal (isenção parcial) e por se tratar de matéria de nítido cunho excepcional à regra geral de incidência do imposto, as saídas com carga tributária reduzida não admitem interpretação extensiva, sendo vedado ao intérprete ampliar o alcance da norma, devendo limitar-se à sua textualidade, em homenagem ao próprio princípio legal. É o que expressa o artigo 111 do Código Tributário Nacional.

O autuado insistiu que esta previsão normativa é inconstitucional e ilegal, face à ofensa aos artigos 152 da CF/88 e 11 do CTN, visto que estabelece diferenças tributárias em decorrência da procedência das mercadorias. Estar-se-ia estabelecendo um tratamento privilegiado para o leite produzido no Estado da Bahia, em detrimento daquele produzido nos outros entes federativos, em violação ao texto constitucional e ao CTN. Trouxe à apreciação deste CONSEF, decisão do STF e citações doutrinárias para defender sua tese.

Para os produtos, objeto da presente lide, o benefício em questão tem amparo na LC 87/96, e no art. 37, § 2º, art. 38 da Lei nº 7.014/96, não havendo qualquer ilegalidade para a redução da base de cálculo (isenção parcial), somente para o leite produzido na Bahia, restando afastada a tese da quebra do princípio da isonomia e suposta limitação de tráfego de bens (art. 152 da CF/88; 11 CTN):

Art. 37 - As isenções, incentivos e benefícios fiscais do imposto somente serão concedidos ou revogados conforme as disposições das leis complementares que tratem dessas matérias, observado o disposto no § 6º do art. 150 e no art. 155, § 2º, XII, g, da Constituição Federal.

§ 2º O regulamento indicará as isenções, incentivos e benefícios vigentes, fazendo referência ao convênio que os instituiu (Convênio ICM 25/83 e ICMS 121/89).

Art. 38 - Quando o reconhecimento do benefício do imposto depender de condição, não sendo esta satisfeita, o imposto será considerado devido no momento em que ocorreu a operação ou prestação.

Portanto, as disposições do Decreto Estadual nº 8.413, de 30/12/2002, que concede “redução de base de cálculo ao leite de gado fabricado neste Estado da Bahia”, é norma integrante do ordenamento jurídico do Estado, vigente e de eficácia plena, concessiva de benefício fiscal condicionado. No caso presente, conforme anteriormente mencionado, não vislumbro ofensa ao artigo 152, CF/88, como arguiu o autuado. Dentro do ordenamento tributário estadual, esta norma não conflita com outra, não podendo, portanto, deixar de ser aplicada.

Quanto à decisão do juízo da 10ª Vara da Fazenda Pública (ação anulatória de débito), trazida aos autos, não tem qualquer influência para o processo em tela, uma vez que o efeito daquela decisão é específico para aquela ação, e entre as partes envolvidas. Mantenho, pelo exposto, a exigência fiscal.

Concordo com o 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 contestou o lançamento, no que diz respeito a operações com cosméticos. Afirmou que estes itens estariam sujeitos à alíquota de 18%, ao invés dos 20%, cobrados na autuação. Apresentou entendimento que a referida diferença de percentual (2%) se deu em razão do que constou na Instrução Normativa nº 05/2016, publicada em 16/09/2016, que *“Relaciona os produtos considerados como cosméticos para efeitos da incidência do adicional do Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza.”* Explicou que o montante destinado ao referido Fundo foi determinado através de uma adição de dois pontos percentuais na alíquota do ICMS, tendo havido, através da citada Instrução Normativa, a inclusão dos cosméticos apenas, a partir de setembro de 2016. Informou que os produtos citados são classificados como cremes para depilação (NCM/SH 3307.9), cremes nutritivos (NCM/SH 3304.99.1), loções (NCM/SH 3304.99.1), tinturas temporárias para o cabelo (NCM/SH 3305.9), esmaltes (NCM/SH 3304.3), pó para maquiagem (NCM/SH 3304.91), produtos de maquiagem para os lábios (NCM/SH 3304.1) etc.

Em sede de informação fiscal, o Autuante esclareceu que as operações com cosméticos foram introduzidas 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, passando 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.

Sobre a incidência do adicional do Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza sobre as operações com cosméticos, instituído pela Lei nº 13.461, de 10/12/15, assim dispõe o art. 16-A da Lei nº 7.014/96, com efeitos a partir de 10/03/16, *in verbis*:

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;

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.

Portanto, da leitura dos dispositivos reproduzidos, dúvidas não há, de que o acréscimo de 2% nas alíquotas sobre as operações com cosméticos vinculado ao Fundo de combate a pobreza, tem vigência na data especificada na lei, 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, pois a Instrução Normativa não tem por objetivo alterar a norma legal e sua vigência, por se tratar de ato normativo complementar.

Observe que as regras estabelecidas na mencionada Instrução Normativa, se aplicam aos 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.

Sendo assim, não acato os argumentos defensivos e a infração subsiste integralmente.

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

Afirmou que duas 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. Esta instância de julgamento não possui atribuição (competência), para decidir sobre pedido de redução ou cancelamento de penalidade por descumprimento de obrigação tributária, nem para apreciar inconstitucionalidade de dispositivos da legislação estadual que rege a matéria, objeto da contenda (art. 167, I, RPAF/99).

O autuado apresentou ainda 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 defendente.

Por fim, o defendente requer que as intimações e notificações sobre este processo sejam encaminhadas ao advogado que subscreve a defesa, com escritório na Rua do Brum, nº. 196, bairro do Recife, Estado de Pernambuco, CEP 50030-260, endereço eletrônico intimacao@ivobarboza.adv.br. Sobre este pleito, informo a inexistência de óbice para que assim seja feito, pela Secretaria deste CONSEF.

Saliento que, embora não seja obrigatória a comunicação de intimações e decisões ao advogado da empresa, mas sim à parte envolvida na lide, no endereço constante do seu cadastro junto ao Estado, nada obsta de que seu pleito seja atendido, e sejam enviadas as intimações sobre o presente processo no endereço indicado.

Diante do exposto, julgo PROCEDENTE o presente Auto de infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **281424.0011/19-0**, lavrado contra **BOMPREGO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, a realizar o recolhimento do imposto no valor de **R\$189.095,25**, acrescido da multa de 60%, prevista na alínea “a”, inciso II, do art. 42 da Lei 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala virtual das Sessões do CONSEF, 03 de dezembro de 2020.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – RELATORA

JOSÉ FRANKLIN FONTFES REIS — JULGADOR