

PROCESSO - A. I. Nº 281424.0012/19-6
RECORRENTE - BOMPREGO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0083-04/20-VD
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 14/09/2022

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0216-12/22-VD

EMENTA: ICMS. RECOLHIMENTO A MENOS. **a)** BASE DE CÁLCULO. REDUÇÃO INDEVIDA. LEITE LONGA VIDA COMPOSTO LÁCTEO E LEITE EM PÓ. O benefício da redução da base de cálculo previsto no RAICMS diz respeito às saídas de leite e composto lácteo de fabricação interna e não de fabricação em outras Unidades Federativas, conforme utilizado pelo autuado. **b)** ALÍQUOTA. ERRO NA SUA APLICAÇÃO. ADOÇÃO DE ALÍQUOTA DIVERSA DA PREVISTA NA LEGISLAÇÃO. COSMÉTICOS. Falta de inclusão do adicional de 2% destinado ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza, previsto no art. 16-A da Lei nº 7.014/96. Infração comprovada. Não acatado o argumento de confiscatoriedade das multas aplicadas. Não apreciado pedido de declaração de inconstitucionalidade da legislação baiana. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Vencido o voto do relator. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado pelo contribuinte sendo que a 4ª JJF julgou Procedente o Auto de Infração, lavrado em 24/09/2019, para exigir ICMS no valor de R\$ 334.894,33, em decorrência do recolhimento efetuado a menos, nos meses janeiro a dezembro de 2016, por erro na determinação da base de cálculo do imposto, nas saídas de mercadorias através de ECF, regularmente escrituradas, acrescido da multa de 60%.

O contribuinte, através de advogado legalmente habilitado ingressa com defesa (fls. 77/97).

No mérito, alegou erro na adoção da alíquota para os produtos:

A) Leite do tipo longa vida, composto lácteo e leite em pó. Pontuou que conforme 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%.*

B) Cosméticos. Discorrem ser 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)*”, não estavam, à época da sua comercialização afetados pela adição do percentual de 2% na alíquota do ICMS incidente. Pede a exclusão dos produtos classificados e 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%.

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.

Protesta por todos os meios de provas permitidos em direito, em especial a juntada aos autos de documentos, bem como a realização de perícia técnica a fim de demonstrar a inexistência das irregularidades apontadas.

Conclui requerendo a declaração de nulidade e/ou improcedência da exigência fiscal.

O autuante presta a Informação Fiscal às fls. 132/141. Informou que quanto aos produtos objeto da autuação pontua que:

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 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 do CTN. Reporta sobre julgados do CONSEF.

COSMÉTICOS. Contesta a alegação defensiva de que o adicional de 2% sobre as operações com cosméticos, pontua que 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.

Quanto ao percentual de multa aplicada, salienta que está amparada conforme previsão estabelecida na legislação.

Após as intervenções das partes, a JJF proferiu a seguinte decisão:

VOTO

O presente Auto de Infração, acusa o contribuinte de ter efetuado o recolhimento a menos do ICMS, em razão de ter aplicado alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas.

Não acolho os argumentos defensivos relacionados ao pedido de nulidade do Auto de Infração, visto que as acusações estão postas de maneira clara e devidamente demonstradas de forma analítica, cujas planilhas elaboradas foram entregues ao autuado, mediante recibo, lhe possibilitando os mais amplos meios de defesa. Com isso, vejo que foram seguidas todas as normas estabelecidas pelo Art. 39 do RPAF/BA, razão pela qual ultrapasso as arguições de nulidade.

Em relação à perícia requerida, pontuo que esta tem a finalidade de esclarecer fatos eminentemente técnicos, a ser realizada por pessoa que tenha reconhecida habilidade ou experiência técnica na matéria questionada, o que não é o caso dos autos, já que não é necessário conhecimento especializado para o deslinde da questão, razão pela qual fica indeferida, com fulcro no art. 147, inciso II, alínea “a” do RPAF/BA.

No mérito, o contribuinte apresentou defesa reclamando que foi aplicada a alíquota de 17%, ao invés de 7%, para os produtos LEITE LONGA VIDA, COMPOSTO LACTEO e LEITE EM PÓ, argumentando ser improcedente a limitação imposta pelo Estado, por meio de uma carga tributária majorada e diferenciada nas operações interestaduais, pois os artigos 150, V e 152 da CF/88, veda limitações ao tráfego de bens e estabelecimento de diferença tributária entre bens e serviços, em razão de sua procedência ou destino.

No que diz respeito ao argumento de que havendo uma limitação imposta pelo Estado por meio de uma carga tributada majorada e diferenciada, viola a vedação constitucional disposta no art. 150, V, e art. 152 da Carta Magna, cumpre esclarecer que tal apreciação não compete a esse Órgão julgador, conforme previsão expressa do art. 167, I do RPAF/BA, por conseguinte, inócua qualquer decisão nesse sentido.

No tocante à alegação de que o Estado da Bahia não pode aplicar tributação diferenciada na comercialização de leite produzido no Estado e adquirido em outros Estados, observo que o benefício da redução de base de cálculo previsto nos incisos XXV e XXIX, do art. 268 do RICMS/12, vigentes à época dos fatos geradores, dizem respeito exclusivamente às operações internas destas mercadorias adquiridas de fabricante estabelecido neste Estado, de forma que a carga tributária corresponda ao percentual de 7%, afastando a aplicação do benefício ao produto adquirido em outros Estados. Tal benefício, tem como finalidade estimular a produção e circulação desses produtos, e não representa qualquer impedimento à circulação de leite produzido em outros Estados.

Portanto, resta comprovado que o sujeito passivo utilizou o benefício da redução da base de cálculo de forma indevida, estando correto o comportamento fiscal em exigir a aplicação da alíquota cheia na saída do leite longa vida, leite em pó e composto lácteo oriundo de outro Estado.

Quanto à decisão judicial da Ação Anulatória, promovida contra o Estado da Bahia pela Walmart Brasil Ltda.,

empresa do mesmo grupo empresarial do recorrente, esta não tem efeito vinculativo ao Processo Administrativo Fiscal, ora em análise, sendo específica àquele lançamento de ofício e àquela empresa. Da mesma forma, os precedentes judiciais citados na peça de defesa, proferidos pelo STF (Supremo Tribunal Federal), não são vinculantes para a Administração Pública do Estado da Bahia, visto que esta não figurou em nenhuma das ações citadas como parte.

Quanto à reclamação do contribuinte em relação ao item cosméticos, de que a cobrança do adicional do Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza, no percentual de 2%, estabelecida no art. 16-A da Lei 7.014/96, efeitos a partir de 10/03/16, somente poderia ser exigida a partir de 16/09/2016, em razão da edição da Instrução Normativa SAT nº 5, que definiu os cosméticos que teriam o referido adicional, portanto, antes da referida data não havia qualquer legislação que indicasse os esmaltes, removedor, cremes de pentear, máscaras de cílios, hidratantes água oxigenada, etc., como sujeitos à tributação diferenciada.

*Discordo deste entendimento, pois como bem esclareceu o autuante, em sede de Informação Fiscal, o adicional do Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza sobre as operações com cosméticos, foi instituído através da Lei nº 13.461 de 10/12/15, que alterou o art. 16-A da Lei 7.014/96, com efeitos a partir de 10/03/16. Portanto, a partir daquela data, a alíquota prevista para os **cosméticos**, de 18%, deveria ser acrescida do percentual de 2%, referente ao fundo de combate à pobreza, totalizando a carga tributária de 20%.*

Quanto à citada Instrução Normativa nº 05/2016, editada pelo Superintendente de Administração Tributária, com vigência a partir de 10/03/16, constato que a mesma teve como finalidade esclarecer quais os produtos que deveriam ser considerados como cosméticos para fins de incidência do adicional de 2%.

No caso presente, constato que os produtos objeto da exigência, elencados pelo próprio contribuinte em sua peça defensiva, “ESMALTE RISQUE NAT CL 8MLDUNA, BATOM HD ZANPHY ROSA GLAMOU 3.5G, LEITE HIDRATANTE MONICA, TON BIOCOL HOMEM CAS CL, SOMBRA BEAUTY COLOR VANILA 1 UN”, encontram-se listados no referido anexo, não havendo dúvidas de que os mesmos estão sujeitos a tal incidência, desde a alteração promovida no art.16-A da Lei 7.014/96, ou seja, 10/03/2016, razão pela qual não cabe a exclusão dos valores objeto do presente lançamento.

No que diz respeito à alegação de que a multa aplicada de 60% é abusiva e confiscatória, observo que sua aplicação decorre do descumprimento da obrigação principal e é prevista no artigo 42 da Lei nº 7.014/96, portanto, legal. Quanto ao caráter confiscatório, não pode ser apreciado por este órgão julgador administrativo, conforme disposto no art. 167, I do RPAF/99.

Em relação à pretensão de aplicar a decisão mais favorável ao contribuinte, entendo ser inaplicável, em razão de inexistir dúvidas em relação à matéria apreciada.

No que diz respeito ao pedido de cancelamento ou redução da multa imposta, deixo de acatá-lo, visto que esta instância de julgamento não possui competência para decidir sobre pedido de redução ou cancelamento de penalidade por descumprimento de obrigação principal, de acordo com o artigo 158 do RPAF/BA.

Ante ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, devendo ser homologada a quantia já recolhida.

Inconformado com a decisão recorrida, o representante do contribuinte (o advogado Dr. Fernando de Oliveira Lima – OAB/PE nº 25.227) apresenta peça às fls.167/187, onde tece as mesmas alegações defensivas, no qual apresento resumidamente os principais argumentos:

a) Na alegação de mérito:

a1) LEITE - volta a defender erro na adoção da alíquota 7%, ao invés de 17% em relação ao produto leite longa vida, leite em pó e composto lácteo. Afirma que a Bahia não poderia aplicar tributação diferenciada na comercialização de leite produzido no Estado e adquirido em outros estados, foi exarado o entendimento que o benefício da redução da base de cálculo previsto nos incisos XXV e XXIX, do art. 268 do RICMS/12 (reproduzido na peça recursal), vigentes à época dos fatos geradores, dizem respeito exclusivamente às operações internas destas mercadorias adquiridas de fabricante estabelecido no Estado da Bahia, de forma que a carga tributária corresponda ao percentual de 7%, afastando a aplicação do benefício ao produto adquirido em outro Estado. Explica que a partir de fevereiro de 2017 as legislações foram revogadas, contudo, as ocorrências da autuação fiscal em epígrafe com relação aos citados itens foram referentes ao período de 2016, razão pela qual os fatos geradores autuados estavam acobertados pelo benefício da redução de base de cálculo. Ou seja, o que se pede é aplicação da Constituição Federal, norma hierarquicamente superior à legislação baiana e a qualquer outra norma. Junta as mesmas jurisprudências da peça

defensiva, relatando a CF/88 e o art. 150, V da Carta Magna referente à impossibilidade de tratamento diferenciado para o mesmo produto.

a2) COSMÉTICOS - Itens sujeitos a alíquota de 18% ao invés dos 20% cobrados na autuação.

Aduz que a JJF entendeu que o adicional do Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza sobre as operações com cosméticos foi instituído através da Lei nº 13.461 de 10/12/2015, que alterou o art. 16-A da Lei nº 7.014/96, com efeitos a partir de 10/03/16, haja vista que é reconhecido que a Instrução Normativa SAT 05/2016 passou, a partir de 16/09/2016 a esclarecer, para fins da lei anteriormente editada (Lei nº 13.461 de 10/12/2015), o que seria considerado cosméticos. Afirma que a Lei nº 13.461/2015 indicou de forma genérica que os cosméticos passariam a ter adicional de 2%, mas não indicou o que poderia, foi preciso a edição da Instrução Normativa nº 5/2016, que passou a relacionar os produtos, e a mesma só esteve em vigor a partir de setembro de 2016. Pede pela exclusão do fato gerador de tais produtos, antes até 16/09/2016.

- b) Pede pela redução da multa para os produtos cosméticos. Destaca que caso se mantenha na autuação os itens considerados cosméticos, mesmo considerando a argumentação de que, antes da Instrução Normativa, a Recorrente não tinha como saber o que seriam cosméticos ou não, passa a pugnar pela redução da multa para tais itens, conforme voto divergente no acórdão recorrido, nos termos do art. 106, Inc. I do CTN;
- c) Volta a dizer ser exorbitante a multa aplicada na autuação. Roga pelos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, é que se deve afastar 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. Cita o art. 150, IV da CF para reforçar a violação do princípio da proporcionalidade e constitucional limitador do Poder de Tributar. Reproduz jurisprudência do STF, entendimento que reduziu multa de 100% para 30%;
- d) Alega *in dubio* pro contribuinte em caso do benefício da dúvida, conforme o art. 112 do CTN, no qual sustenta o dever favorecer ao contribuinte;
- e) Finaliza requerendo:
 - reconhecimento e declaração/decretação da improcedência do crédito tributário, diante da impropriedade da exigência fiscal;
 - pede, em não sendo acolhido o pedido anterior, seja reduzida ou mesmo afastada a multa aplicada, ou ainda a exclusão da multa de 60% sobre o adicional de 2% com relação aos itens cosméticos;
 - que em caso de dúvida se interprete a norma jurídica da forma mais favorável à Recorrente (art. 112 do CTN);
 - Protesta a Recorrente 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.

Registrado a presença na sessão de videoconferência, Sra. Mirelly Chiappetta dos Santos – OAB/PE nº 30.444, no qual exerceu o seu direito a sustentação oral.

É o relatório.

VOTO (Vencido quanto ao produto Cosmético)

Trata-se de Recurso Voluntário contra a decisão da 4ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou **Procedente**, em decisão unanime o Auto de Infração em lide, lavrado em 24/09/2019, interposto nos termos do Art. 169, I, alínea “b” do RPAF, que exige ICMS no valor de R\$ 334.894,33, por ter recolhido a menor ICMS em razão da aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas

saídas de mercadorias regularmente escrituradas no que se refere ao período de 01/01/2016 a 31/12/2016.

Constata-se que, o Auto de infração foi lavrado com a estrita observância dos ditames contidos no art. 39 do RPAF/99 com a descrição dos fatos, estes considerados como infração das obrigações tendo sido apresentados de forma clara, precisa e sucinta, encontrando-se aptos a surtir seus efeitos jurídicos.

Verifico que, o presente recurso foi apresentado tempestivamente, por isso acolho.

Observo que, todas as arguições de nulidades foram devidamente analisadas pelo julgador de piso, porém como não houve arguições de nulidades suscitadas no presente recurso, deixo de apreciá-las.

Quanto ao pedido de diligência e/ou perícia, não os acolho, com base no art. 147 do RPAF/BA em razão da recorrente não apresentar argumentos ou indicar de forma concreta fatos que justifiquem a sua realização, como também, em razão de considerar presentes nos autos todos os elementos suficientes a formação do meu convencimento.

No mérito, a acusação foi de erro na aplicação de alíquota diversa nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Em sede de recurso a recorrente traz alegações defensivas em relação aos produtos elencados abaixo que, passo a analisar por item:

- a) Reitera erro de adoção da alíquota 7% ao invés de 17%, em relação ao produto Leite longa vida, leite em pó e composto lácteo.
- b) Reitera quanto ao Produto Cosméticos a aplicação da alíquota de 18% ao invés de 20% cobrados na autuação.

Quanto ao Produto Leite longa vida, comungo com o entendimento da decisão de piso o qual transcrevo a seguir trecho no voto:

No tocante à alegação de que o Estado da Bahia não pode aplicar tributação diferenciada na comercialização de leite produzido no Estado e adquirido em outros Estados, observo que o benefício da redução de base de cálculo previsto nos incisos XXV e XXIX, do art. 268 do RICMS/12, vigentes à época dos fatos geradores, dizem respeito exclusivamente às “operações internas destas mercadorias adquiridas de fabricante estabelecido neste Estado, de forma que a carga tributária corresponda ao percentual de 7%”, afastando a aplicação do benefício ao produto adquirido em outros Estados. Tal benefício, tem como finalidade estimular a produção e circulação desses produtos, e não representa qualquer impedimento à circulação de leite produzido em outros Estados.

Portanto, resta comprovado que o sujeito passivo utilizou o benefício da redução da base de cálculo de forma indevida, estando correto o comportamento fiscal em exigir a aplicação da alíquota cheia na saída do leite longa vida, leite em pó e composto lácteo oriundo de outro Estado.

Quanto à decisão judicial da Ação Anulatória, promovida contra o Estado da Bahia pela Walmart Brasil Ltda., empresa do mesmo grupo empresarial do recorrente, esta não tem efeito vinculativo ao Processo Administrativo Fiscal, ora em análise, sendo específica àquele lançamento de ofício e àquela empresa. Da mesma forma, os precedentes judiciais citados na peça de defesa, proferidos pelo STF (Supremo Tribunal Federal), não são vinculantes para a Administração Pública do Estado da Bahia, visto que esta não figurou em nenhuma das ações citadas como parte.

Neste sentido, também acompanho o entendimento predominante deste Conselho, citando como exemplo o Voto da Conselheira Laís de Carvalho Silva, acolhido em unanimidade, e proferido no Acórdão CJF Nº 0061-11/18 em 20/03/2018, envolvendo o mesmo Interessado e a mesma matéria, pelo que peço vênia para a breve transcrição:

“[...]”

No pertinente a infração 1, a mesma remanesceu tão somente em relação ao produto “leite longa vida”, uma vez que a autuação entende ser aplicável nas saídas internas a alíquota de 17%, e não de 7% como deseja o recorrente.

O Recorrente defende tratar-se de hipótese de redução da base de cálculo, prevista no art. 268, inciso XXIX do RICMS/12 (vigente à época dos fatos geradores). Vejamos o disposto na norma, grifado por esta relatora:

“Art. 268. É reduzida a base de cálculo:

...
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);
..."

Conforme observado de forma clara na norma em apreço, o benefício fiscal exige o requisito de que o leite tenha sido fabricado no Estado da Bahia.

O Recorrente, todavia, defende que tal redução deve ser aplicada também nas operações relativas ao "leite longa vida" produzidos em outros estados da federação, sendo tal condicionante (redução apenas para os produtos fabricados no Estado da Bahia) uma afronta ao Princípio Constitucional da "vedação ao estabelecimento de diferença tributária entre bens, em razão da procedência ou do seu destino".

Diante de tais considerações, entendo que, para o contribuinte poder se utilizar do benefício fiscal disposto no artigo 268, inciso XXIX do RICMS, existe a exigência normatizada de que o produto Leite de gado tipo longa vida tenha sido fabricado no Estado da Bahia.

Quanto a alegação da utilização da alíquota 18% ao invés de 20% para o item cosméticos, comungo com entendimento do voto do relator na decisão de piso o qual transcrevo a seguir trecho do voto:

"Quanto à reclamação do contribuinte em relação ao item cosméticos, de que a cobrança do adicional do Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza, no percentual de 2%, estabelecida no art. 16-A da Lei 7.014/96, efeitos a partir de 10/03/16, somente poderia ser exigida a partir de 16/09/2016, em razão da edição da Instrução Normativa SAT nº 5, que definiu os cosméticos que teriam o referido adicional, portanto, antes da referida data não havia qualquer legislação que indicasse os esmaltes, removedor, cremes de pentear, máscaras de cílios, hidratantes água oxigenada, etc., como sujeitos à tributação diferenciada.

Discordo deste entendimento, pois como bem esclareceu o autuante, em sede de Informação Fiscal, o adicional do Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza sobre as operações com cosméticos, foi instituído através da Lei nº 13.461 de 10/12/15, que alterou o art. 16-A da Lei 7.014/96, com efeitos a partir de 10/03/16. Portanto, a partir daquela data, a alíquota prevista para os cosméticos, de 18%, deveria ser acrescida do percentual de 2%, referente ao fundo de combate à pobreza, totalizando a carga tributária de 20%."

Neste sentido, verifico que não prospera as alegações da recorrente, tendo em vista que a cobrança do adicional de 2% (Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza - FECEP), tem amparo no art. 16-A da Lei nº 7014/96, instituído pela Lei nº 13/461 de 10/12/15 com efeitos a partir de 10/03/2016, que determinou:

"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, "

Destaco ainda, em relação a matéria, a existência de vários julgados neste CONSEF, citando como exemplo o Acórdão CJF nº 0142-12/20-VD, julgado à unanimidade em 17.06.2020.

Diante de tais considerações, concluo em manter a decisão do voto vencedor sobre a aplicação correta da alíquota de 20% sobre os produtos cosméticos.

Com data vênua, necessário se faz chamar atenção da norma citada abaixo, que retira a aplicação da multa de 60%, proposta para a exigência dos 2% adicionais para os cosméticos elencados na autuação no período de 01.01.2016 a 16/09/2016.

Compartilho do entendimento que, não pode o contribuinte ser 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 sem imposição de multa.

A referida norma encontra-se contida na Instrução Normativa nº 05/2016 em 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.

Quanto a redução da multa imposta, em relação ao pedido de redução da penalidade aplicável, restou caracterizada a apuração a menor do tributo por erro na alíquota aplicável, essa conduta encontra-se tipificada no art. 42, inciso II, alínea “a” da Lei nº 7.014, de 04/12/1996.

Quanto 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.

O Conselho de Fazenda Estadual – CONSEF tem a sua competência estabelecida no Código Tributário do Estado da Bahia, Lei nº 3.956, de 11/12/1981, que precisamente em seu art. 125 veda expressamente aos “órgãos julgadores” deliberar sobre “a declaração de inconstitucionalidade”, “questão sob a apreciação do Poder Judiciário ou por este já decidida”, e “a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior.

Quanto a citação ao art. 112 do CTN e ao princípio *in dubio pro contribuinte* não parece aplicável ao caso. Não visualizo dúvida razoável que autorize a sua aplicação. Todos os itens levantados pela Recorrente foram enfrentados em primeiro grau, sem que perdurem controvérsias.

Por fim, a recorrente apela 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.

Diante de tais considerações, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, mantendo a decisão de piso, bem como, retiro a exigência da multa de 60% para exigência dos 2% relacionados aos produtos considerados como cosméticos no período de 01.01.2016 a 16.09.2016 para efeitos da incidência do adicional do Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza anteriores ao período da Instrução Normativa citada, de 16/09/2016.

Diante do exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário.

VOTO VENCEDOR (Quanto ao produto Cosmético)

Peço *vênia* para divergir da decisão do nobre Relator, que votou pelo Provimento Parcial do Recurso Voluntário, tão somente quanto à exclusão da multa sobre os cosméticos no período anterior à entrada em vigor da Instrução Normativa SAT nº 05/2016, a partir de setembro de 2016.

O Art. 16-A da Lei nº 7.014/96, em seu parágrafo único, incluiu, expressamente, os cosméticos dentre as mercadorias oneradas com o adicional vinculado ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza, desde março de 2016, *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;

...

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.” (Grifos acrescidos)

Embora a Instrução Normativa SAT nº 05/2016, publicada em setembro de 2016, tenha enumerado as mercadorias que se enquadram no conceito de “cosméticos”, tal fato não desnatura a lei anterior, a qual já se encontrava produzindo efeitos plenos. Ademais, é indiscutível que uma instrução normativa não pode inovar o ordenamento jurídico, prestando-se, simplesmente, a esclarecer e uniformizar a aplicação da lei.

Não há como aplicar o comando insculpido na segunda parte do Art. 106, I do CTN, excluindo a aplicação de penalidade, pois não se trata de aplicação retroativa de lei, mas apenas um esclarecimento adicional para facilitar o cumprimento das obrigações tributárias por parte dos contribuintes.

Caso restassem dúvidas ao Autuado sobre o que deveria considerar “cosméticos”, poderia ter efetuado consulta à SEFAZ/BA, para esclarecer como classificar os produtos comercializados como “cosméticos”.

Ressalto que a alteração legislativa ocorreu em 10/12/2015, mas somente entrou em vigor após o *vacatio legis* de 90 (noventa) dias, em 10/03/2016, prazo mais do que suficiente para interposição da consulta.

Diante do exposto, concordo com a Decisão de piso e voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

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, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **281424.0012/19-6**, lavrado contra **BOMPREÇO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 334.894,33**, acrescido da multa de 60%, prevista no inciso II, alínea “a”, do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores já pagos.

VOTO VENCEDOR (Produto Cosméticos) – Conselheiros: Marcelo Mattedi e Silva, Fernando Antonio Brito de Araújo e Maurício Souza Passos.

VOTO VENCIDO (Produto Cosméticos) – Conselheiros: Antonio Dijalma Lemos Barreto, Leila Barreto Nogueira Vilas Boas e Francisco Aguiar da Silva Júnior.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 18 de julho de 2022.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

ANTONIO DIJALMA LEMOS BARRETO – RELATOR/VOTO VENCIDO
(Produto Cosméticos)

MARCELO MATTEDI E SILVA - VOTO VENCEDOR
(Produto Cosméticos)

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS