

PROCESSO - A. I. Nº 276890.0006/20-4
RECORRENTE - PÉROLA DISTRIBUIÇÃO E LOGÍSTICA S/A.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0135-02/21-VD
ORIGEM - DAT SUL / IFEP
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 15/09/2023

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0272-12/23-VD**

EMENTA: ICMS. ALÍQUOTA. ERRO NA APLICAÇÃO. SAÍDAS DE MERCADORIAS ESCRITURADAS. RECOLHIMENTO A MENOS. Devida a exigência do Fundo de Combate à Pobreza referente às mercadorias a ao período objeto da exação fiscal. Razões recursais incapazes à reforma da Decisão recorrida. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário, previsto no art. 169, I, “b” do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, impetrado pelo sujeito passivo contra a Decisão exarada pela 2ª JJF, através do Acórdão nº 0135-02/21-VD, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, o qual fora lavrado para exigir o valor de R\$ 151.915,31, inerente a cinco exigências, relativas aos exercícios de 2016 e 2017, sendo objeto deste recurso apenas a infração 2, sob a acusação de que recolheu a menos do ICMS, no valor de R\$ 92.581,80, em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas.

A Decisão recorrida julgou o Auto de Infração Procedente em Parte, no valor de R\$ 145.437,68, após rejeitar a preliminar de nulidade, indeferir o pedido de diligência e consignar que o contribuinte parcelou integralmente as infrações 1, 3, 4, 5 e defendeu parcialmente a infração 2, no montante de R\$ 126.459,34, passando a decidir a lide quanto aos itens contestados na defesa e parte da infração 2, a saber: BEBIDA ICE – NCM: 2208.90.00; CEREAL MATINAL – NCM: 1904.10.00, PALHA DE AÇO – NCM 7323.10.00 e LOÇÃO HIDRATANTE - NCM 3307.20.90, diante das seguintes razões:

VOTO

[...]

a) BEBIDA ICE – NCM: 2208.90.00

A defesa argui que estão sujeitas ao regime de substituição tributária, conforme Anexo 1 ao RICMS/2012, item 2.3, cuja redação estava vigente em 2016, de 01/01/2016 até 09/03/2016 e no item 3.17 do Anexo 1, vigente em 2017 a partir de 01/02/2017.

Constato, ao examinar o Anexo 1 ao RICMS/2012, vigente de 01/01/2016 até 09/03/2016, que efetivamente a BEBIDA ICE, está sujeita ao regime de substituição tributária, pois consta no citado anexo no item 2.3 e no Anexo 1 vigente entre 10/03/2016 e 31/01/2017, no item 3.17 – BEBIDA REFRESCANTE COM TEOR ALCOÓLICO INFERIOR A 8%, também incluído no anexo vigente até 31/12/2017.

Consequentemente, o item BEBIDA ICE, deve ser excluído do levantamento, como procedeu o autuante na revisão quando da informação fiscal.

b) CEREAL MATINAL – NCM: 1904.10.00

A defesa pede sua exclusão sob o argumento de que a mercadoria estaria sujeita ao regime de ST conforme item 11.7 do Anexo 1 ao RICMS/2012, vigente 10/03/2016 a 31/01/2017 e a partir de 01/02/2017 no item 1904.1 – SALGADINHOS À BASE DE CEREAIS, OBTIDOS POR EXPANSÃO OU TORREFAÇÃO.

Verifico que o produto identificado com a NCM 1904, consta apenas no Anexo 1 ao RICMS/2012 vigente a partir de 01/02/2017 até 31/12/2017 no item 11.8 – PRODUTOS À BASE DE CEREAIS, OBTIDOS POR EXPANSÃO OU TORREFAÇÃO.

Logo, o item CEREAL MATINAL, NCM 1904.10.00, somente está sujeito ao regime de ST a partir de 01/02/2017 até 31/12/2017, devendo ser excluído do levantamento as ocorrências observadas nesse período, conforme bem procedeu o autuante.

c) PALHA DE AÇO – NCM 7323.10.00

A autuada defende que a mercadoria deve ser tributada no regime de ST de acordo com o item 8.59 do Anexo I ao RICMS/BA, vigente entre 10/03/2016 e 31/01/2017 e a partir de 01/02/2017 com a descrição 7323 – PALHA DE FERRO OU AÇO.

No Anexo I, vigente entre 01/01/2016 e 09/03/2016, consta a mercadoria com NCM 7323, no item 8.59, cuja descrição é: “Palha de ferro ou aço; esponjas, esfregões, luvas e artefatos semelhantes para limpeza, polimento e usos semelhantes, de ferro ou aço, exceto os classificados no código NCM 7323.10.00”. Por isso, a mercadoria PALHA DE AÇO com a NCM arrolada no levantamento deve ser mantida, uma vez que não está sujeita ao regime de ST.

No anexo vigente entre 10/03/2016 e 31/01/2017, foi mantida a mesma redação da versão anterior e no anexo vigente até 31/12/2017, também, no item 8.59.0.

Ou seja, a mercadoria PALHA DE AÇO – NCM 7323.10.00, tem tributação normal, devendo assim permanecer no levantamento. Assim, corretamente o autuante não acatou o argumento defensivo, mantendo a mercadoria no levantamento.

Em relação ao item LOÇÃO HIDRANTE NCM 3307.20.90, incluído no levantamento, a defesa requer sua exclusão sob o argumento de que não constando na Instrução Normativa nº 05/2016, não caberia a exigência do adicional de 2% devido ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza – FUNCEP, sobre as operações com cosméticos, instituído pela Lei nº 13.461/2015, que alterou o art. 16-A da Lei nº 7.014/96, com efeitos a partir de 10/03/2016.

Nesse aspecto, lembro que nas relações tributárias entre o sujeito ativo e o contribuinte, é imperiosa a observância do princípio da estrita legalidade.

A vigência da alteração da Lei nº 7.014/96, exigindo o adicional de 2% nas saídas dos produtos denominados “cosméticos” passou a vigorar a partir de 10/03/2016, sendo sua observação obrigatória, independentemente da publicação de uma norma infralegal, de caráter administrativo, como é o caso das instruções normativas, com o propósito de determinar sobre quais produtos se aplicaria o novo critério de tributação, uma vez que o propósito dos normativos administrativos é esclarecer a aplicação da norma legal e não extrapolar ou restringir sua aplicação.

Por consequência, não há dúvidas quanto a interpretação acerca do alcance da Lei nº 7.014/96, sobre quais produtos estariam alcançados pelo termo “cosméticos”, vez não se tratar de termo desconhecido, tampouco sujeito a interpretação duvidosa, restando sem relevância o código NCM atribuído ao produto.

Com o objetivo de esclarecer possíveis imprecisões, trago o conteúdo da Resolução da Diretoria Colegiada – RDC nº 07, de 10/02/2015, publicada no DOU nº 29, de 11/02/2015, da AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA – ANVISA, que dispõe sobre os requisitos técnicos para a regularização de produtos de higiene pessoal, cosméticos e perfumes e dá outras providências.

O Anexo I da citada resolução trata das definições, conceitua o termo da seguinte forma:

I – Produtos de Higiene Pessoal, Cosméticos e Perfumes: são preparações constituídas por substâncias naturais ou sintéticas, de uso externo nas diversas partes do corpo humano, pele, sistema capilar, unhas, lábios, órgãos genitais externos, dentes e membranas mucosas da cavidade oral, com o objetivo exclusivo ou principal de limpá-los, perfumá-los, alterar sua aparência e ou corrigir odores corporais e ou protegê-los ou mantê-los em bom estado.

Assim, não há dúvidas quanto a aplicação do adicional de 2% nas saídas do produto LOÇÃO HIDRANTE a partir de 10/03/2016, início da vigência do art. 16-A, dada pela Lei nº 13.461/2015, sendo procedente a manutenção da mercadoria no levantamento.

Pelo exposto, acolho integralmente a revisão procedida pelo autuante, de forma que resta parcialmente subsistente a infração 02, conforme demonstrativo, fl. 454, restando devido o valor de R\$ 86.104,26.

[...]

Pelo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

No Recurso Voluntário (fls. 503/510), preliminarmente, o recorrente arguiu a inconstitucionalidade da multa aplicada, do que tece considerações sobre princípios da capacidade contributiva, da razoabilidade, da proporcionalidade e do não confisco, que diz instrumentos para se combater a inconstitucionalidade verificada, transcrevendo jurisprudência e, no mérito, repisa que parcelou

as infrações 1, 3, 4, 5 e parte da infração 2, sobre a qual diz que, referente ao suposto erro na determinação da alíquota e recolhimento a menor do ICMS, não procede parte da acusação eis que os itens impugnados (Bebida Ice – NCM: 2208.90.00; Cereal Matinal – NCM: 190410.00 e Palha de Aço – NCM: 7323.10.00) são produtos sujeitos ao ICMS-ST, tendo a JJF excluídos da exação os dois primeiros itens, permanecendo a Palha de Aço que também deve ser excluído, pois tributado pelo regime do ICMS-ST de acordo com o item 8.59, do Anexo I do RICMS/BA, redação vigente a partir de 10/03/2016 a 31/01/2017 e a partir de 01/02/2017: “7323”.

Ressalta ainda, na referida infração 2, a cobrança do Fundo de Combate à Pobreza referente ao período anterior a divulgação da Instrução Normativa nº 05/2016, que determinou a relação de NCM/Produtos sujeitos à exigência, eis que foi publicada em 19/09/2016 e a cobrança foi do ano completo, ou seja, anterior à data de publicação.

Aduz, também, que o produto Loção Hidratante, NCM: 3307.20.90, não consta elencado na Instrução Normativa nº 05/2016, devendo ser tratado sem incidência do FCP, cuja NCM é determinada pela indústria, tendo o autuante equivocadamente alegado se tratar da NCM 3304.90.10, por se encontrar na Instrução Normativa para itens congêneres.

Diante de tais considerações, aduz que a fiscalização não conseguiu demonstrar que o contribuinte teria deixado de recolher o ICMS, do que diz ter colacionado relatórios de notas fiscais ICMS-ST (Bebida Ice, cereal matinal, palha de aço), além da parte da relação de notas fiscais referentes ao produto Loção hidratante NCM: 3307.20.90, para conversão dos autos em diligência para análise dos documentos e argumentos da defesa, de modo a refazer o levantamento fiscal excluindo as divergências apontadas.

Por fim, requer que sejam acolhidas as preliminares suscitadas, bem como pelas inconstitucionalidades alegadas, e no mérito seja reconhecida a improcedência parcial do Auto de Infração, excluindo do levantamento os itens contestados da infração 2.

É o relatório.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo no sentido de modificar a Decisão da 1ª Instância, quanto à infração 2, do Auto de Infração, nos termos do art. 169, I, “b” do RPAF, contudo, na prática, as razões recursais limitam-se apenas em relação ao produto “Palha de Aço”, contido no valor remanescente da exação (tendo em vista que as demais alegações, referentes aos itens Bebida Ice, Cereal Matinal, encontram-se prejudicadas, por se tratarem de itens já excluídos pela JJF), como também quanto à alegação de cobrança indevida do Fundo de Combate à Pobreza referente ao período anterior a Instrução Normativa nº 05/2016 e, em especial, quanto ao produto Loção Hidratante.

Quanto à arguição de inconstitucionalidade da multa de 60% aplicada às infrações, ressalto que é a prevista no art. 42, II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96 ao caso concreto e, de acordo com o artigo 125, incisos I e III do COTEB, Lei nº 3.956/81, não se inclui na competência deste órgão julgador a declaração de inconstitucionalidade ou negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior, razão para me abster de qualquer juízo.

Inerente à alegação recursal de que o produto “Palha de Aço” também deve ser excluído, pois tributado pelo regime do ICMS-ST de acordo com o item 8.59 do Anexo I do RICMS/BA, redação vigente a partir de 10/03/2016 a 31/01/2017 e a partir de 01/02/2017: “7323”, não cabe razão ao apelante, pois, como já consignado na Decisão recorrida, o item 8.59 do Anexo I, vigente no período, **exclui** o produto classificado no código “NCM 7323.10.00”, justamente a nomenclatura específica ao item Palha de Aço. Em consequência, “Palha de Aço”, “NCM 7323.10.00”, tem tributação normal, devendo assim permanecer no levantamento fiscal.

Acerca da alegação de ser indevida a exigência do Fundo de Combate à Pobreza referente ao período anterior a Instrução Normativa nº 05/2016, há de salientar que através do art. 16-A da Lei nº 7.014/96 se estabeleceu arrecadação de dois pontos percentuais adicionais vinculada ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza, acrescentado pela Lei nº 7.988, de 21/12/01, com efeitos de 22/12/01 a 31/12/02; prorrogado pela Lei nº 8.350, de 28/08/02, com efeitos de 01/01/03 a 06/12/10; prorrogado pela Lei nº 12.038, de 06/12/10, com efeitos a partir de 07/12/10 a 28/03/13 e, por fim, a redação atual pela Lei nº 13.461, de 10/12/15, com efeitos a partir de 10/03/16. Assim, conviemos que desde os idos de 2002 havia previsão legal para a exação.

Portanto, a dita Instrução Normativa nº 05/2016 não estabeleceu a exigência, até porque não seria o instrumento legal para tal, mas, apenas instruiu sobre a exação prevista em lei “... *para efeito do disposto no art. 16-A, parágrafo único, inciso I da Lei nº 7.014 ...*”, os produtos *considerados como cosméticos* sujeitos a incidência do adicional do Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza.

A propósito, inerente ao adicional de alíquota incidente sobre “cosméticos”, a previsão legal só ocorreu com a alteração do inciso “I” do parágrafo único do art. 16-A, dada pela Lei nº 13.461, de 10/12/15, **com efeitos a partir de 10/03/16**, tendo a Instrução Normativa nº 05/2016, em 19/09/2016, vindo apenas, repita-se, instruir ou esclarecer quais os produtos *considerados* como cosméticos para efeitos da incidência do adicional.

No tocante ao enquadramento do produto Loção Hidratante na NCM 3307.20.90 (3307.20 – desodorantes corporais e antirespirantes/TIPI), como consignado pelos remetentes, e não com a NCM 3304.99.1 [33.04 Produtos de beleza ou de maquiagem preparados e preparações para conservação ou cuidados da pele (exceto medicamentos), incluindo as preparações antissolares e os bronzeadores; preparações para manicuros e pedicuros/TIPI], como defende o autuante e acolhido pela JJF, vislumbro que:

1. Tanto cremes hidratantes como loções hidratantes funcionam como escudo protetor para evitar a entrada de microrganismo que podem causar algumas infecções. Porém, os cremes têm fórmula mais potente e atuam mais profundamente, enquanto as loções são mais suaves e leves e também podem servir para a limpeza da pele, em que pese os dois cumprirem a função principal que é a hidratação.
2. Já os desodorantes são produtos que ajudam a reduzir a produção de suor e odor corporal, diminuindo a quantidade de bactérias e umidade nas axilas.

Em visita ao site “www.monange.com.br/corpo/detox#hidratante-desodorante-detox-200ml”, constata-se a seguinte descrição do produto: “*Monange Detox, indicado para todos os tipos de pele, hidrata por 48h, possui efeito Antipoluição e sensação prolongada de refrescância, combinando ingredientes naturais, como o capim-limão e gengibre*”, como também a seguinte composição: “*Com capim-limão e gengibre, a loção Deo Hidratante Detox, tem ação Antipoluição, que protege, em 99,6%, o acúmulo de poluição na pele, prevenindo a geração de radicais livres e o envelhecimento precoce. Sua fórmula contém óleos essenciais, vitaminas, minerais, antioxidantes e aminoácidos, que proporcionam hidratação por 48h com textura leve e sensação de refrescância*”.

Às fls. 436 dos autos, consta DANFE nº 31332, emitido pela “Novita Dist. Armaz. e Transpo SA” (GO), no qual consta o produto “MONANGE HIDR IOGURTE COM AVEIA 24X200ML”, com NCM 33072090, de cuja consulta ao referido site (www.monange.com.br/monange+hidratante+iogurte+com+aveia) verifica se tratar de produto “*Hidratante Desodorante - Hidratação Essencial – 200ml - Com rápida absorção e nutrindo até a 2ª camada da pele, o Desodorante corporal Monange Iogurte com aveia combina ingredientes naturais que aumentam o condicionamento e revitalizam a pele, além de proporcionar maciez e pele perfumada por 48h. Indicado para todos os tipos de pele*”.

Diante de tais informações, nos termos do art. 147, I, “a” do RPAF, indefiro o pedido de diligência,

pois, considero suficientes para a minha convicção os elementos contidos nos autos, eis que indubitável que loções hidratantes não são desodorantes, mas cosméticos (NCM 3304.99.1), por tratar de preparações na conservação ou cuidados da pele, constante do Anexo Único da Instrução Normativa nº 05/2016, ao se enquadrar como “*Cremes de beleza e cremes nutritivos; loções tônicas ...*”, sendo devido o adicional do Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza, conforme mantido na Decisão recorrida.

Do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário para manter a Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário interposto e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **276890.0006/20-4**, lavrado contra **PÉROLA DISTRIBUIÇÃO E LOGÍSTICA S/A.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 144.555,49**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$ 882,19**, prevista no inciso IX do mesmo diploma legal, com os acréscimos moratórios de acordo norma da Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores parcelados pelo recorrente.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 14 de agosto de 2023.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS - PRESIDENTE

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE - REPR. DA PGE/PROFIS