

PROCESSO	- A. I. N° 281424.0006/19-6
RECORRENTE	- BOMPREÇO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA.
RECORRIDO	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF n° 0050-04/20-VD
ORIGEM	- DAT METRO / IFEP COMÉRCIO

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0382-12/23-VD

EMENTA: ICMS. ALÍQUOTA. ERRO NA APLICAÇÃO. UTILIZAÇÃO DIVERSA DA PREVISTA PELA LEGISLAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Restou demonstrado que foram consideradas pelo autuado, em relação às operações de saídas internas com os produtos leite em pó, composto lácteo e leite longa vida, não fabricados no Estado da Bahia, o benefício da redução da base de cálculo não previsto pela legislação tributária em vigor à época da ocorrência dos fatos que deram causa à autuação. Argumentos defensivos acerca da constitucionalidade presente na legislação tributária, embasados juridicamente em Decisões de Tribunais Superiores, fogem da competência de apreciação pelo órgão julgador administrativo, ao qual não é permitido negar a aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior. Inclusão do percentual de 2% nas saídas dos produtos cosméticos, possui amparo a partir da edição da Lei nº 13.461/15, efeitos a partir de 10/03/16. Mantida a multa aplicada em face de previsão legal pela legislação tributária estadual. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Vencido o voto do relator. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de Recurso Voluntário (fls. 186 a 210) em face da Decisão da 4ª Junta de Julgamento Fiscal (JJF) deste CONSEF, que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 19/08/2019 e notificado ao Sujeito Passivo em 21/08/2019 (fl. 02), a exigir ICMS no montante de R\$ 208.847,36, além de multas e acréscimos legais, em decorrência da acusação de cometimento de uma infração ao longo de todos os períodos de apuração do exercício de 2016.

Convém desde logo destacar que no Recurso Voluntário, assim como na Defesa, resiste-se apenas contra uma parte do lançamento, e há registro de parcial pagamento à fl. 164.

O enunciado da infração, no Auto de Infração, foi redigido da seguinte maneira:

Infração 01 - 03.02.02: Recolheu a menor ICMS em razão da aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Os demonstrativos e documentos que fundamentam esta infração encontram-se no Anexo 1 deste auto de infração, cujas cópias foram entregues, mediante recibo, ao representante legal do estabelecimento [...] **Enquadramento Legal:** Artigos 15, 16 e 16-A da Lei 7.014/96. **Multa Aplicada:** Artigo 42, inciso II, alínea “a”, da Lei 7.014/96.

Ao dirimir a lide (fls. 167 a 176), a 4ª JJF exarou as seguintes razões:

VOTO

A matéria que se discute nos presentes autos, diz respeito a recolhimento a menos do ICMS, em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista pela legislação tributária vigente à época dos fatos apurados, nas operações de saídas internas, através de Equipamento Emissor de Cupom Fiscal – ECF, durante o exercício de 2016, envolvendo os produtos leite em pó, composto lácteo em pó e leite de gado longa vida fabricados neste

Estado, cuja exigência tributária, valor principal, atingiu o montante de R\$ 208.847,26.

Em sua defesa, o autuado pugnou pela nulidade da autuação ao argumento de que houve preterição ao seu direito de defesa, ante ao descumprimento de dispositivo legal e ausência de comprovação da infração.

Neste sentido, pontuou que o autuante não atendeu ao quanto disposto pelo Art. 39, inciso VI do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia – RPAF/BA, visto que, ao seu entender, não houve a exibição pelo autuante de todos os dados tendentes à comprovação do valor exigido, com a descrição minuciosa da infração e a apresentação dos documentos comprobatórios, sustentando que a planilha que deu sustentação à acusação fiscal, se refere a documentos fiscais emitidos via equipamento emissor de cupom fiscal (ECF), e apesar de detalhar o código do item comercializado, não identifica o equipamento emissor do documento fiscal, a série ou modelo, nem mesmo o número do cupom, cerceando o seu direito de defesa, pois ficou impedido de verificar a procedência da acusação.

Por sua vez, o autuante ponderou que a totalidade da infração está representada por vendas à consumidor final, realizadas através de ECF, conforme demonstrativo analítico de fls. 09 a 11, cuja integralidade se encontra na mídia digital, tipo DVD-R fl. 43, cópia entregue ao autuado.

Frisou que a auditoria fiscal foi efetuada através da Escrituração Fiscal Digital – EFD, enquanto que nos demonstrativos analíticos que elaborou, não existe qualquer dado que não tenha sido extraído da EFD do autuado, ressaltando que quando as saídas são realizadas através de ECF, estão totalizadas por mês e por produto, exatamente conforme escriturado na EFD, Registro C425.

Após, destacou que durante o exercício fiscalizado foram exigidos centenas de milhares de cupons fiscais em dezenas de equipamentos, e que o trabalho foi elaborado com base nas MFDs entregues pelo autuado, onde foram extraídos, por amostragem, cerca de 600 (seiscientos) operações de saídas através de cupons fiscais correlacionados aos produtos indicados no demonstrativo analítico da fiscalização.

Vejo que não assiste razão ao autuado em seus argumentos. Isto porque analisando as planilhas elaboradas pelo autuante, considero que estas proporcionam todos os meios para o exercício da ampla defesa, visto que as operações de saídas através de ECF consideradas pelo autuante, foram extraídas da Leitura de Memória de Fita-Detalhe-MFD dos equipamentos emissores de cupons fiscais, fornecidos pelo autuado, em atendimento à intimação anteriormente encaminhada pelo autuante, nas quais estão indicados todos os dados referentes aos cupons fiscais, a exemplo de datas das operações, números dos cupons fiscais, números dos ECFs, códigos de fabricação dos ECFs, códigos dos produtos, descrição dos produtos, valores e respectivas alíquotas.

Portanto, não vejo que houve pelo autuante falta de atendimento a quaisquer das normas estabelecidas pelo Art. 39 do RPAF/BA, razão pela qual não acolho os argumentos de nulidade do lançamento suscitados pelo autuado, posto que, inocorreu qualquer das hipóteses previstas no art. 18 do mesmo Regulamento.

Assim sendo, não acolho as nulidades arguidas, haja vista a inocorrência de quaisquer das hipóteses previstas no art. 18 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, capaz de invalidar o ato de lançamento de ofício.

Isto posto, passo ao exame do mérito da autuação, e, de imediato, indefiro o pedido de perícia formulado pelo autuado, com base no Art. 147, inciso II, alínea “a” do RPAF/BA, visto que se encontram presentes nos autos todos os elementos necessários à formação da minha convicção como julgador.

Desta maneira, vejo que a irresignação do autuado se relaciona à aplicação pelo autuante das alíquotas de 17% e de 18%, ao invés de 7% para os produtos LEITE LONGA VIDA, COMPOSTO LÁCTEO e LEITE EM PÓ. Citou que a justificativa do autuante para respaldar o lançamento está no fato de que a legislação estadual, através do Art. 268 do Regulamento do ICMS/2012, incisos XXV e XXIX, só permite a redução da base de cálculo quando os referidos produtos forem industrializados (produzidos) no Estado da Bahia.

Contestou veementemente a limitação imposta por este Estado, por meio de uma carga tributada majorada e diferenciada nas operações interestaduais, já que, ao seu entender, viola a vedação constitucional disposta no art. 150, V e 152 da Carta Magna, e atropela o princípio da isonomia, razão pela qual, ante ao tratamento diferenciado ao leite produzido fora do Estado da Bahia, em favor daquele produzido internamente, considera ser imperativo a desconstituição da infração.

A este respeito, vejo que o procedimento fiscal tomou por base norma vigente constante da legislação tributária estadual, em vigor à época da ocorrência dos fatos apurados, a qual só permitia a redução da base de cálculo para o leite em pó, composto lácteo e leite tipo longa vida, quando produzido no Estado da Bahia. Assim é que temos:

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);

Neste sentido, e apesar de respeitar os relevantes argumentos jurídicos apresentados pelo autuado, considero que o autuante agiu estritamente em consonância com o regramento previsto pela legislação tributária posta, em pleno vigor à época, da qual, tendo em vista sua atividade vinculada, não poderia ignorar, situação esta a que também se submete o órgão julgador administrativo, consoante se depreende da leitura do art. 167, incisos I e III do RPAF/BA, verbis:

Art. 167. Não se incluem na competência dos órgãos julgadores:

I – a declaração de inconstitucionalidade;

(...)

III – a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior.

Assim é que, as alegações defensivas a respeito da inconstitucionalidade da norma legal citada, também não podem ser apreciadas por este Colegiado, tendo em vista a vedação constante nos incisos I e III, do artigo 125 do Código Tributário do Estado da Bahia - COTEB, instituído pela Lei nº 3.956/81, a seguir transcritos:

Art. 125. Não se incluem na competência dos órgãos julgadores:

I - a declaração de inconstitucionalidade;

(...)

III - a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior.

Diante do quanto acima exposto, entendo que as Decisões Judiciais citadas pelo autuado, todas voltadas a questões interpretativas constitucionais, portanto, à luz do quanto acima exposto, foge da competência dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade na legislação tributária posta. Ademais, 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 este não figurou em nenhuma das ações citadas como parte.

Por outro ângulo, os incisos XXV e XXIX, do art. 268 do RICMS/BA, só foram revogados através do Decreto nº 17.304, de 28/12/2016, com efeitos a partir de 01/02/2017, portanto, os fatos alcançados pela presente autuação se encontram abarcados pela legislação então vigente, logo, neste sentido, devem ser mantidos, em consonância com a farta jurisprudência predominante neste CONSEF, em nível de 2ª Instância, a exemplo dos Acórdãos nº 0299-12/17, 0291-12/17, 0289-12/17, 0265-11/17, 0244-11/16, 0239-11/18 e 229-11/18.

No que diz respeito aos produtos cosméticos, os quais o autuado alega estarem sujeitos à alíquota de 18% e não de 20%, considerado pela autuação, entendeu o autuado que esta diferença de 2% se deu em razão do que constou na Instrução Normativa nº 05/2016, de 16/09/2016, a qual relaciona os produtos considerados como cosméticos para efeito da incidência do adicional do Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza, só prevalecendo, ao seu entender, a inclusão do percentual de 02% nos cosméticos a partir de setembro/2016.

Não assiste razão ao autuado em seu argumento. Isto porque, consoante bem delineado pelo autuante, 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%.

Convém ressaltar, que nenhuma alíquota ou percentual de acréscimo pode ser instituído via Instrução Normativa, a qual, neste caso, teve apenas o papel de esclarecer e delinear quais os produtos que deveriam ser considerados como cosméticos para fim de incidência do adicional de 2%.

Portanto, os produtos alcançados pela exigência tributária relacionados ao percentual de 02% para o Fundo de Combate à Pobreza, estavam sujeitos a tal incidência desde a alteração promovida no art.16-A da Lei 7.014/96, ou seja, a partir de 10/03/2016, razão pela qual, não cabe a exclusão dos valores objeto do presente lançamento, ficando mantida a exigência tributária.

Por fim, não pode ser acolhido o argumento defensivo de que a multa é confiscatória, considerando que estão previstas no artigo 42, inciso II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96, e, conforme já mencionado, não compete a este órgão julgador a declaração de inconstitucionalidade da legislação ou a negativa de sua aplicação, nos termos dos incisos I e III, do artigo 125 da Lei nº 3.956/81 (COTEB), acima reproduzidos. Também não há como atender ao pleito do defendente, de cancelamento ou redução da penalidade, em face da incompetência legal deste órgão julgador para apreciá-lo.

Quanto ao pedido do autuado para que seja aplicada a interpretação mais favorável ao contribuinte, com base

no art. 112 do CTN, entendo não ter pertinência tal pleito no presente caso, já que, não existe dúvida em relação à matéria sob apreciação.

Em conclusão, voto pela PROCEDÊNCIA do presente Auto de Infração, recomendando que sejam homologados os valores já recolhidos, consoante relatórios de fls. 163 e 164.

Regularmente intimado, o autuado aduziu em seu Recurso Voluntário, em apertada síntese:

- Que o auto de infração é nulo por preterição do direito de defesa, pois os seus demonstrativos não são aptos a determinar com segurança a infração e o infrator (art. 18, incisos II e IV, alínea “a” do RPAF/99), já que não foram anexados os cupons fiscais e nem foram indicados os números dos ECFs, entre outros dados que viabilizassem a conferência dos valores dos demonstrativos com os registros contábeis da empresa autuada - cita excertos de julgados de órgãos julgadores administrativos.
- Que leite longa vida, leite em pó e compostos lácteos foram corretamente submetidos à tributação à alíquota de 7%, seja porque os dispositivos da legislação impeditivos da aplicação dessa carga tributária teriam sido revogados, seja porque a diferenciação dos produtos, segundo a sua origem (se industrializados na Bahia ou em outra Unidade da Federação) feriria princípios constitucionais tributários - transcreve ementas de diversos julgados de órgãos do Poder Judiciário.
- Que a cobrança do adicional de 2% (Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza - FECEP) não estaria em vigor, ao tempo da autuação, para as mercadorias classificáveis como cosmético, e que permanecem nos demonstrativos do lançamento - cita a Instrução Normativa SAT nº 5/2016.
- Que, enfim, a multa aplicada é exorbitante, fere princípios constitucionais tributários, e deve ser reduzida ao patamar de 20 a 30% - tece extenso arrazoado, coligindo excertos de decisões dos Tribunais Superiores do país, especialmente o STF, e de outros órgãos do Poder Judiciário.

Conclui postulando a aplicação do princípio *in dubio pro contribuinte* (art. 112 do CTN), e requer a decretação de improcedência do Auto de Infração, ou sucessivamente a redução da multa ou seu afastamento, a aplicação do art. 112 do CTN, e a produção de todos os meios de prova em direito admitidos.

Recebidos os autos, estes foram a mim atribuídos em 04/05/2021 e, por considerá-los devidamente instruídos, solicitei ao Sr. Secretário que providenciasse a sua inclusão em pauta.

Na sessão de 30/09/2021, oportunidade se fez presente a Dra. Marcela Teresa Martins, OAB/PE nº 33.449, realizando a sustentação oral, esta Câmara deliberou por converter o feito em Diligência à PGE/PROFIS, atendendo recomendação do Procurador presente à sessão, para que a mesma pudesse se posicionar sobre as questões jurídicas (tributação do “leite longa vida”, “leite em pó”, e “compostos lácteos”, diferenciada em função da origem; irretroatividade da Instrução Normativa SAT nº 05/2016 para enquadramento de “cosméticos”).

Em parecer de fls. 221 a 233 (Proc. PGE 2022012082-0), aprovado por Despacho PROFIS/NCA s/n, datado de 22/02/2022 (fl. 234), concluiu a PGE em síntese:

- que “*a jurisprudência majoritária e pacífica já declarou a inconstitucionalidade e ilegalidade do benefício, em face de ofensa ao artigo 152 da CF/88*”, transcrevendo excertos de julgados; que “*diante da farta jurisprudência contrária ao tema objeto do presente questionamento, entendemos pela improcedência do auto de infração neste item*”;
- que, sobre a Instrução Normativa SAT nº 05/2016, “*tratando-se de norma de orientação interna, emitida em face do poder hierárquico, por dedução, não há que se falar se tratar de norma cogente e delimitadora de conceito jurídico estabelecido em lei formal e materialmente válida*”, portanto “*não há que se falar em retroatividade ou irretroatividade, mas, tão-somente, orientação interna de adequação das práticas de fiscalização da Administração*

Fazendária, escudada em normas já existentes, cuja expressão real deve ser guiada por princípios comezinhos de hermenêutica jurídica.”

Retornados os autos, solicitei nova inclusão em pauta. Na oportunidade, foi suscitada pela representação da PGE/PROFIS e acolhida pela Câmara nova proposta de diligência à PGE/PROFIS (em sessão de 05/05/2022, fls. 237 e 239), para que examine o eventual conflito de entendimento registrado nesta sessão, proferindo, se assim entender conveniente, novo opinativo acerca do parecer de fls. 221 a 233, dando-se vista ao Sujeito Passivo para que se manifestasse.

O novo parecer da PGE/PROFIS (fls. 246 a 260, com documento de fl. 261 a 270, e Despacho PROFIS/NCA da lavra da Procuradora Assistente à fl. 272) conclui de modo diverso, escoltado em decisão do Plenário do TJBA em Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade (Autos de nº 0004802-36.2017.8.05.0000, decisão de 28/09/2021), pela “impossibilidade de extensão do benefício fiscal”. A recorrente ofereceu manifestação reiterativa das suas razões recursais (fls. 278 a 288).

Devolvidos os autos, solicitei nova inclusão em pauta, e por isso os mesmos foram trazidos a esta sessão de 27/10/2023, oportunidade em que se fez presente pela Recorrente o Sr. Igor Valentim B. de L. Barbosa, que acompanhou o julgamento, tendo tido vistas por parte do presidente desta CJF.

Retomado o julgamento nesta sessão de 09/11/2023, registrou-se a presença do advogado da Recorrente, Dr. Alexandre de Araújo Albuquerque (OAB/PE nº 25.108), que fez o uso regimental da palavra.

É o relatório.

VOTO VENCIDO

Conheço do recurso, pois vislumbro presentes os pressupostos de admissibilidade, com destaque à tempestividade e ao cabimento (arts. 169 e 171 do RPAF/99).

Quanto ao primeiro item do Recurso, de que o auto de infração seria nulo por preterição do direito de defesa, pois os seus demonstrativos não são aptos a determinar com segurança a infração e o infrator, por não terem sido anexados os cupons fiscais ou foram indicados os números dos ECFs, entre outros dados tenho manifestado neste Conselho a convicção de que o art. 2º do Regimento Interno deste CONSEF (Decreto nº 7.592/99) traz elevado comando acerca da missão deste Conselho: “julgar litígios”, isto é, dirimir os conflitos entre os Interessados e a Fazenda Pública Estadual. Não é seu papel reverberar conflitos, ou torná-los insolúveis. A missão é de administrar justiça, em um exercício heterotópico, e delimitado, de função quase jurisdicional. Mais que um controle de legalidade, este Conselho opera, e deve operar, nos seus estritos limites, um controle de legitimidade e justiça.

Solidarizo-me, portanto, com a alegação do Sujeito Passivo. Também fico impressionado com o seu direito à prova, que deflui dos comandos do Código de Processo Civil.

Contudo, a prova pleiteada (de diligência fiscal para indicação, com base nos demonstrativos, de números de ECFs ou cupons) não me parece ser essencial à defesa. É dizer, se o Sujeito Passivo realizar auditoria de seus registros a partir dos dados do demonstrativo, certamente chegará aos dados e valores de modo hábil à sua defesa - tanto chegaria que chegou, defendendo-se com brio e denodo minudente, em relação ao mérito da acusação.

Não cabe ao preposto da Fiscalização arvorar-se em preposto da empresa, a fim de refazer toda a atividade que a legislação tributária comete ao contribuinte do ICMS. Por outro lado, examinando os anexos do Auto de Infração (fls. 08 a 42) e os arquivos em mídia CD-R (fl. 43), e considerando estado de arte dos sistemas de controle de mercadoria, constata-se que há nos autos elementos suficientes para o exercício do direito de defesa.

Assim, sigo os julgadores de piso, pois para além de não enxergar descumprimento de normas que defluem do art. 39 do RPAF/99, observo que o art. 147 do mesmo diploma determina que sejam rejeitados os pedido de nova diligência e/ou perícia quando os elementos contidos nos

autos forem objetivamente suficientes à formação da convicção no julgamento, e se estiverem destinados a verificar fatos vinculados à escrituração comercial e fiscal ou a documentos que, caso existam, estão na posse do requerente. Também, quando a prova dos fatos não depender do conhecimento especial de técnicos, o que ocorre na presente lide.

Quanto ao segundo item do Recurso, a adução de extensão do regime de Redução de Base de Cálculo (RBC) para o “leite longa vida”, “leite em pó” e “compostos lácteos” industrializados em outras unidades da Federação, já registrei voto anteriormente (*vide* Acórdão CJF nº 0374-12/19, j. em 11/12/2019), envolvendo o mesmo Interessado, no sentido de acatar a pretensão, por enxergar na norma uma hipótese daquelas que o Min. Sepúlveda Pertence, do STF, plasmou na jurisprudência do STF como “inconstitucionalidade chapada”.

Todavia, estava convencido de que, a despeito do meu entendimento pessoal, este Conselho falece de competência para deixar de aplicar a norma - ainda que, por hipótese, manifestação inconstitucional - tendo em vista o disposto no art. 125, inciso III do COTEB (reproduzido no art. 167, inciso III do RPAF/99), dado que a norma emana de autoridade superior a esse Conselho, a saber, o chefe do Poder Executivo.

Seguiria, assim o entendimento predominante neste Conselho, citando como exemplo o Voto da Conselheira Laís de Carvalho Silva, acolhido à unanimidade, e proferido no Acórdão CJF Nº 0061-11/18, j. 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”.

Saliento que, em conformidade com o disposto no art. 167, incisos I e III do RPAF/99, não se inclui na competência desse colegiado a apreciação de alegação de inconstitucionalidade da norma, sendo-lhe vedado negar aplicação a ato normativo (de qualquer natureza) emanado de autoridade superior. É o que se observa do artigo supramencionado abaixo colacionado, por mim grifado:

“Art. 167. Não se incluem na competência dos órgãos julgadores:

I - a declaração de inconstitucionalidade;

...
III - a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior.”

Entretanto, percebo que a PGE/PROFIS hesitou, chegando a trilhar caminho algo diverso. Sua conclusão, pela “improcedência do auto de infração nesse item” (fls. 221 a 233, e despacho da Procuradora Assistente à fl. 234) dada a inconstitucionalidade da cobrança, e com apelo ao dever de eliminar ou reduzir a litigiosidade e matérias cuja discussão se encontra sedimentada em desfavor do Estado, retomo o meu primevo posicionamento: sou pelo acolhimento parcial do

pleito recursal, para excluir do lançamento os itens atinentes a “leite longa vida”, “leite em pó” e “compostos lácteos” industrializados em outras unidades da Federação.

A nova opinião da PGE/PROFIS, em parecer de fls. 246 a 270 (e despacho da Procuradora Assistente à fl. 272), com toda clareza sinaliza **modificação de critério jurídico** (que o Estado da Bahia manifesta ora pela Fiscalização, ora por representantes distintos da PGE/PROFIS), o que somente pode ser efetivada em relação ao Sujeito Passivo interessado neste PAF em relação a fato gerador posterior à sua introdução (inteligência do art. 146 do CTN).

Em dúvida, pela liberdade, e pela preservação da segurança jurídica do sujeito passivo. Sou pelo acolhimento do pleito recursal **neste caso concreto**, em relação à extensão do regime de Redução de Base de Cálculo (RBC) para o “leite longa vida”, “leite em pó” e “compostos lácteos” industrializados em outras unidades da Federação.

Quanto ao terceiro item do Recurso, a adução de que o adicional de 2% (Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza - FECEP) não estaria em vigor, ao tempo da autuação, para as mercadorias classificáveis como cosmético, destaco que o mesmo também já foi enfrentado em variadas oportunidades por este Conselho, e cito como exemplo o Acórdão CJF nº 0142-12/20-VD, julgado à unanimidade em 17/06/2020. Peço licença para transcrever excerto do voto condutor, da lavra da Conselheira Leila Nogueira Barreto Vilas Boas:

Quanto à cobrança do adicional de 2% em referência aos itens de cosméticos, ressalto que a incidência do adicional do Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza sobre referidas operações 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.

Ocorre que, em 09/2016 foi publicada a Instrução Normativa de nº 05/2016 pelo Superintendente de Administração Tributária, trazendo em seu conteúdo a lista exclusiva dos produtos considerados como cosméticos.

Neste sentido, considerando que a norma infralegal tem a função meramente interpretativa e orientativa, entendo que sua publicação elucidou o conteúdo da lei, deixando transparente o conceito de “cosméticos” para fins de aplicação da norma.

Dessa forma, a citada Instrução Normativa reflete o entendimento da administração tributária do Estado da Bahia, com relação à definição dos produtos inseridos no conceito de cosméticos, servindo, portanto, de orientação aos seus prepostos fiscais, de que para efeito de aplicação do adicional de 2% do Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza devem ser considerados apenas as NCM'S listada no seu Anexo Único.

Ocorre que, analisando a lista de produtos inseridos no levantamento fiscal, constato que não identifiquei qualquer item que não tenha previsão legal na referida norma. Todos os itens elencados são tintas para cabelo, máscaras capilares, produtos de maquiagem, esmaltes, hidratantes corporais e itens depilatórios, cujos descriptivos estão devidamente previstos no Anexo Único da citada norma legal.

Também aqui, aliás, acompanho o (primeiro e segundo) Parecer(es) da D. PGE/PROFIS, para rejeitar o pleito recursal nesse particular, e entender que a norma infralegal em testilha detinha função tão-somente interpretativa, não inovando na tessitura normativa da regra de incidência.

Quanto ao quarto e último item do Recurso, a postular redução da penalidade imposta em relação ao pedido de redução da penalidade aplicável, deve-se reconhecer que, uma vez fixada a premissa de que restou caracterizada a apuração a menor do tributo por erro na alíquota aplicável, é imperioso reconhecer que essa conduta é exatamente a tipificada no art. 42, inciso II, alínea “a” da Lei nº 7.014, de 04/12/1996.

Nessa senda, os argumentos recursais encontram óbice na legislação que rege a competência do CONSEF para dirimir os conflitos tributários neste Estado da Bahia.

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 constitucionalidade”, “questão sob a apreciação do Poder Judiciário ou por este já decidida”, e “a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior”.

Dito de outro modo: ainda que tenhamos convicções jurídicas diversas, e ainda que reconheçamos a relevância e expressão dos julgados de Tribunais Superiores sobre a matéria, há de se reconhecer que por uma questão de Política Legislativa a Casa que representa o Povo da Bahia decidiu não contemplar este Conselho com a competência para efetuar a dosimetria da penalidade nessas circunstâncias.

Diante do exposto, é de se rejeitar o pleito recursal em relação à revisão da multa aplicada, ainda que se resguardem as opiniões pessoais desta Relatoria em relação ao seu montante e em relação à adequação da legislação aos princípios constitucionais tributários.

Sobre a matéria, aliás, é reiterativo o entendimento deste Conselho de Fazenda, e vale a menção aos seguintes Acórdãos, todos envolvendo o mesmo Interessado e matéria semelhante: Acórdão CJF nº 0362-12/13, j. 11/11/2013, Acórdão CJF nº 0297-12/19, j. 01/10/2019; e o já citado Acórdão CJF nº 0142-12/20, j. em 17/06/2020 (entre muitos outros).

Merece ainda observar que a menção ao art. 112 do CTN e ao princípio *in dubio pro contribuinte* não parece aplicável ao caso. Não visualizo no caso uma dúvida razoável (acerca de capitulação, natureza ou circunstâncias do fato; da autoria, imputabilidade ou punibilidade do agente; ou sobre a natureza ou graduação da penalidade) que autorize a sua aplicação, em relação a penalidades. Todos os itens levantados pela Recorrente foram enfrentados em primeiro grau, sem que subsistam incertezas - salvo em relação à extensão da RBC sobre produtos derivados de leite, como acima exposto, e que foi motivo de exclusão do lançamento neste voto.

Pelo exposto, sou pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, para reformar a decisão de primeiro grau, julgando o Auto de Infração PROCEDENTE EM PARTE e proceder à exclusão, no lançamento por recolhimento a menor de ICMS das mercadorias “leite longa vida”, “leite em pó” e “compostos lácteos” industrializados em outras unidades da Federação.

É como voto.

VOTO VENCEDOR

Divirjo do ilustre Relator quanto ao Provimento Parcial do Recurso Voluntário, para reformar a decisão de primeiro grau, julgando o Auto de Infração Procedente Em Parte e proceder à exclusão, no lançamento por recolhimento a menor de ICMS das mercadorias “leite longa vida”, “leite em pó” e “compostos lácteos” industrializados em outras unidades da Federação.

Da análise das razões de mérito, relativas às mercadorias “leite longa vida”, “leite em pó” e “compostos lácteos”, em síntese, o Autuado se insurgiu sob a alegação de que a carga tributária prevista nas operações com produtos oriundos de outros Estados viola a vedação constitucional disposta nos Arts. 150, V e 152 da Carta Magna.

Entretanto, para o período fiscalizado de 2016, o Art. 268, XXV e XXIX do RICMS/12, previa para tais produtos, quando fabricados neste Estado, teriam redução da base de cálculo de modo que a resultasse na carga tributária de 7%, não se incluindo na competência do órgão julgador a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior, nos termos do Art. 125, III da Lei nº 3.956/81 (COTEB) e do Art. 167, III do RPAF/99, cuja legislação devemos obediência, enquanto vigente (os incisos XXV e XXIX, do Art. 268 do RICMS/12 só foram revogados através do Decreto nº 17.304/16, de 28/12/2016, com efeitos a partir de 01/02/2017).

Por sua vez, a alegação recursal da impossibilidade de tratamento diferenciado para o mesmo produto, conforme já se posicionou o Poder Judiciário, não favorece o Autuado em seu pleito, pois a revogação de tal norma não implicou na redução da carga tributária aos mesmos produtos adquiridos fora do Estado, como pretendia o Autuado para se eximir da exigência fiscal, apenas aumentou a carga tributária dos produtos fabricados na Bahia.

Portanto, a suposta ilicitude do benefício fiscal aos produtos internos certamente não elide a exigência fiscal à época dos fatos geradores.

Assim tem se posicionado este CONSEF, tendo farta jurisprudência neste sentido, a exemplo dos Acórdãos CJFs nºs 0244-11/16, 0265-11/17, 0289-12/17, 0291-12/17, 0299-12/17, 0229-11/18 e 0239-11/18.

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

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **281424.0006/19-6**, lavrado contra **BOMPREÇO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$ **208.847,36**, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

VOTO VENCEDOR – Conselheiros: Marcelo Mattedi e Silva, Antonio Dijalma Lemos Barreto, Fernando Antonio Brito de Araújo e Eduardo Ramos de Santana.

VOTO VENCIDO – Conselheiros: Henrique Silva de Oliveira e João Felipe Fonseca Oliveira de Menezes.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 09 de novembro de 2023.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

HENRIQUE SILVA DE OLIVEIRA – RELATOR/VOTO VENCIDO

MARCELO MATTEDE SILVA - VOTO VENCEDOR

VICENTE OLIVA BURATO - REPR. DA PGE/PROFIS