

PROCESSO	- A. I. N° 2989420602135
RECORRENTE	- RONDELLI & RONDELLI LTDA. (SUPERMERCADO RONDELLI)
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0151-02/14
ORIGEM	- INFRAZ EUNÁPOLIS
INTERNET	- 31/07/2015

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO CJF N° 0195-12/15

EMENTA: ICMS. ALÍQUOTAS. ERRO NA APLICAÇÃO. Em busca da determinação da quantia efetivamente devida, tendo considerado os equívocos nos levantamentos fiscais indicados pelo autuado, a JJF (Junta de Julgamento Fiscal) converteu o feito duas vezes em diligência. Atendidas as solicitações do órgão de primeiro grau, o ICMS da terceira imputação foi reduzido também duas vezes, razão por que não há que se falar em cerceamento de defesa. Rejeitada a preliminar de nulidade. Mantida a Decisão de Primeira Instância. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de Recurso Voluntário contra a Decisão contida no Acórdão 2ª JJF N° 0151-02/14, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração acima epigrafado, lavrado no dia 27/06/2013 para exigir ICMS no valor histórico de R\$ 433.727,64, sob a acusação do cometimento de 03 (três) irregularidades, das quais apenas a terceira, abaixo transcrita, permanece em litígio.

"Infração 03. Recolhimento a menor, em razão de erro na aplicação das alíquotas nas saídas regularmente escrituradas. R\$ 420.284,39 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, "a" da Lei 7.014/1996".

A Junta de Julgamento Fiscal (JJF) apreciou a lide no dia de 05/08/2014 e decidiu pela Procedência Parcial por unanimidade (fls. 904 a 911), nos termos a seguir reproduzidos.

"VOTO

Preliminarmente, no que tange ao pedido de declaração de nulidade do lançamento de ofício por se basear em presunção e em elementos precários e inseguros, verifico presentes os pressupostos de validade processual, encontrando-se definidos o autuado, os montantes e os fatos geradores dos débitos tributários reclamados, não estando o lançamento de ofício e o processo administrativo fiscal incursos nas hipóteses previstas no art. 18 do RPAF (Decreto nº 7.629/99), devendo as razões defensivas, por se tratarem de mérito, serem apreciadas quando da análise de mérito. Assim, afasto a nulidade suscitada.

Quanto ao pedido de diligência fiscal, o mesmo foi deferido e, em consequência, oportunizado ao sujeito passivo apresentar todas as provas documentais de suas alegações de defesa, tendo tal documentação servido de suporte para as conclusões apresentadas pelo diligente, de cujo resultado foi o contribuinte intimado a se manifestar, não tendo trazido qualquer elemento novo que viesse a modificar o resultado apurado quando da diligência fiscal, apenas, reiterando suas alegações iniciais, dentre as quais muitas já acolhidas pelo próprio preposto fiscal.

No mérito, o Auto de Infração exige ICMS em razão de três imputações, sendo objeto da lide apenas a terceira infração, já que as duas primeiras foram objeto de reconhecimento e confissão de dívida de caráter definitivo e irretratável, conforme art. 4º da Lei 12.903/13, sendo consideradas procedentes.

Em relação à terceira infração, no valor de R\$ 420.284,39, inicialmente demonstrada nas planilhas de fls. 77 a 259 dos autos, o sujeito passivo apresentou impugnação ao lançamento de ofício por mercadorias, das quais foram acatadas em parte pelo autuante, conforme documentos às fls. 292 a 441, reduzindo o valor exigido para R\$ 411.669,61. Posteriormente, o processo foi convertido em diligência e através das provas documentais apresentadas pelo próprio deficiente, relativo às suas alegações, se corrigiu o valor exigido para R\$ 409.779,87, cujas conclusões me alinho, em razão de:

- 1) *Cabe à exclusão no levantamento fiscal dos valores relativos aos produtos abaixo, visto que:*

- a) Leite longa vida Vale Dourado, sujeito a redução da base de cálculo, por ser produzido no Estado da Bahia;
- b) Uva Passa 80 gr, sujeita ao regime de Substituição Tributária, por se tratar de chocolate;
- c) Purificador de ar 3 gr, sujeita ao regime de ST, por se tratar de refil desodorizador;
- d) Pratos Hoje Quero e Rolinho Roll Cake, sujeitos ao regime de ST.
- 2) Devem-se manter no levantamento fiscal os valores das mercadorias: alecrim desidratado Kitano, manjerona Kitano, orégano Kitano, tomilho flocos Kitano, pimenta biquinho Horta, pimenta bode Horta, pimenta cabuci Horta, pimenta cereja Horta e pimenta chifre Horta, pois tais produtos não são isentos, como alega o autuado, visto que se encontram compreendidos na exceção prevista no art. 14, I, do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, vigente à época para os fatos ocorridos até 31/03/2012, e no art. 265, I, aprovado pelo Decreto nº 13.780/12, para os fatos ocorridos a partir de 1º/04/2012, por se tratarem de produtos industrializados, haja vista que não se encontram em seu estado natural, pois sofreram a desseca ou foram moídos.
- 3) Também descabe à irresignação do autuado ao fato de tributar o sal temperado Dihaje e sal temperado para churrasco, os quais entende que também estão ao abrigo da isenção, por redução integral da base de cálculo, já que o art. 87, XXX, do RICMS/97 não contém qualquer especificação do produto, logo, qualquer tipo de sal inexoravelmente está isento. “Sal de cozinha” não se confunde com sal temperado e muito menos com sal de churrasco, para os quais inexiste previsão legal do benefício fiscal, cuja interpretação da legislação deve ser literal, nos termos do art. 111, II, do CTN.
- 4) No tocante à exigência relativa às bebidas alcoólicas como Bitter, whisky, cachaça, champanhe, conhaque, espumante, ice, licor, rum, vermut, vodka, etc, sob NCM: 2208 e 2205, que entende o autuado que se encontravam sob regime de substituição tributária desde 2005, se comprovou caber razão ao autuante quando afirmou que tributou as bebidas alcoólicas apenas no período em que estavam fora do aludido regime de substituição tributária, pois no período de 01/01/09 a 31/03/09 apenas cervejas e chopes (NCM 2203) se encontravam sob o regime de ST, conforme art. 353, II, “2”, do RICMS/97, Alteração nº 66 (Dec. n. 9547/05). Assim, foi correta a exigência das bebidas alcoólicas listadas às fls. 81 a 87 dos autos, reproduzidas às fls. 301 a 308, inerente ao citado período. Também procede a exigência relativa à cachaça no período de maio e junho (fls. 89 e 92), cujo enquadramento no regime de ST só ocorreu a partir de 01/01/10, através da Alteração n. 126 (Dec. n. 11806/09).
- 5) Inerente à impugnação sobre a tributação dos itens: Pururuca, Copa Suína, lombo e pernil suíno, que entende o autuado que também estão incluídas na substituição tributária (art. 353, item “9”); Cola Super Bond (art. 353, item 16.5); Lava auto com Cera Grand Prix, óleo de peroba e silicone (art. 353, item 16); Mistura para pão caseiro Dona Benta (art. 353, item 11.1/11.3), o processo administrativo fiscal foi convertido em diligência, conforme consta à fl. 518 dos autos, resultando nas seguintes conclusões:
- a) Em relação aos exercícios de 2009 e 2010, restou comprovado, conforme documentos fiscais apresentados pelo contribuinte, que copa suína, pururuca, lava auto, cola Bonder e silicone se submetem ao regime de substituição tributária, sendo os seus respectivos valores excluídos do levantamento fiscal, conforme planilhas às fls. 842 a 892 dos autos.

Os produtos lombo canadense, lombo temperado e pernil temperado, através das notas fiscais, se apurou que possuem NCM 1601 ou 1602, os quais não os enquadram no regime de substituição tributária (art. 343, II, item “9”, do RICMS/97 NCM 0201, 0202, 0203, 0206, 0207, 0209.00 e 0210).

Inerente às demais mercadorias, nos referidos exercícios, não foram apresentadas notas fiscais de entradas, de forma a comprovar, por meio da NCM dos produtos, a alegação de defesa de que se encontravam sujeitas ao regime de substituição tributária. Assim, inerentes aos exercícios de 2009 e 2010, mantêm-se os valores conforme apurado às fls. 841 a 892 dos autos.

- b) Quanto ao exercício de 2011 foi consignado na diligência fiscal, e comprovado às fls. 669 a 694 dos autos, que o contribuinte apenas apresentou notas fiscais relativas ao produto carnes, as quais algumas demonstram NCM diverso da ST (1601 e 1602) e outras com NCM de ST (0203). Porém, no levantamento fiscal, às fls. 353 a 407, só se considerou as mercadorias sob NCM diverso da ST, como se pode verificar da coluna específica “NCM”, existente a partir deste exercício. Assim, referente ao exercício de 2011, mantêm-se os valores apurados às fls. 298 e 353 a 407.
- c) No tocante ao exercício de 2012, repete-se com a carne o ocorrido no exercício de 2011, assim como o produto “Salgadinhos”, sendo considerados no levantamento fiscal, às fls. 407 a 441, apenas as mercadorias sob NCM diverso da ST (1905.9090), como se pode verificar da coluna NCM. Já o produto “Ratoeira Adesiva”, em que pese constar a NCM de produtos de material de construção sujeitos a ST, não se trata de material de construção e, consequentemente, não se enquadra no referido regime de substituição tributária. Assim, referente ao exercício de 2012, mantêm-se os valores apurados às fls. 298

e 407 a 441 dos autos.

Há de se registrar que a identificação para classificação de um determinado produto como sujeito ao regime de substituição tributária ocorre da conjunção da Nomenclatura Comum do Mercosul (NCM) e da descrição do nome do produto, de modo que se enquadre na forma prevista na norma que estabeleça o referido regime.

Quanto à alegação do autuado de que efetivou o pagamento da substituição tributária de certos produtos e, por esse fato, a saída dos citados produtos teria que ser efetuada sem tributação, sob pena de ocorrer bis in idem na cobrança do tributo, também deixo de acolher, pois, conforme consignou o preposto fiscal, o contribuinte não pode legislar em causa própria, cabendo-lhe o cumprimento das normas legais estabelecidas.

Assim, caso tenha o sujeito passivo efetivado indevidamente a substituição tributária do ICMS de certos produtos, mesmos assim não se caracteriza o alegado bis in idem, uma vez que não restou comprovado o recolhimento do valor do imposto em duplicidade, no sentido estrito, como também, por não se tratar de um recolhimento autorizado em lei, a qualquer momento, por ato discricionário do próprio contribuinte, ele poderá requerer, dentro do rito processual próprio, a restituição do indébito fiscal recolhido a título de substituição tributária, não podendo o Estado negar a pretensão, o que acarretaria em prejuízo ao erário estadual a atual compensação financeira do recolhimento do ICMS sob regimes de apuração diversos e, ainda mais, sem mensuração quantitativa, entre si, das saídas dos produtos submetidos à tributação antecipada e dos não tributados.

Por fim, diante de tais considerações, subsiste parcialmente a terceira infração no valor de R\$ 409.779,87, estando os valores relativos aos exercícios de 2009 e 2010 demonstrado à fl. 841 dos autos e os valores relativos aos exercícios de 2011 e 2012, à fl. 298 dos autos.

Em face do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração no valor total de R\$ 423.223,82, devendo ser homologados os valores já recolhidos".

Inconformado e com fundamento no art. 169, I, "b" do Decreto 7.629/1999 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia), o contribuinte interpõe Recurso Voluntário às fls. 941 a 949, no qual inicia reiterando as argumentações apresentadas na peça de defesa e na manifestação, sob a alegação de que nem todas foram enfrentadas com seriedade e imparcialidade na Decisão recorrida.

Por exemplo, nada teria sido dito acerca do suposto fato de o enquadramento de um determinado produto na substituição tributária não ter relação com a NCM/SH, mas com as suas características. De igual modo, o diligente silenciou em face das alegações de que os levantamentos fiscais contém erros e de que as irregularidades constatadas na escrituração fiscal são de ordem meramente formal, as quais não causaram prejuízo ao Erário.

Em seguida, mencionando doutrina e jurisprudência, tece comentários sobre a legislação tributária no Brasil e a sua interpretação no Estado de Direito, insurgindo-se contra a natureza complexa de que se reveste.

A NCM/SH - nas suas palavras - "é muito importante na definição de regras tributárias (...), mas nem sempre se basta em si mesma" - pois não são todos os produtos classificados naquele código que se enquadram na norma, sendo importante considerar características, como peso e composição.

Encerra pleiteando a nulidade ou a improcedência do lançamento de ofício.

A Procuradoria do Estado, no Parecer de fls. 956/957, opina pelo não provimento do Recurso, pois o contribuinte se ateve a apresentar refutações abstratas e genéricas. Ademais, os documentos acostados aos autos possuem força suficiente para demonstrar a efetiva classificação das mercadorias, conforme expôs a Junta de Julgamento Fiscal.

Na assentada de julgamento, o conselheiro Fernando Antônio Brito de Araújo se declarou impedido.

VOTO

No que diz respeito à validade do procedimento administrativo e da Decisão recorrida, que analisou todas as questões suscitadas pelo sujeito passivo, o auditor fiscal e os julgadores de primeira instância expuseram com clareza a fundamentação de fato e de direito, descreveram a

acusação, indicando os documentos e demonstrativos, com seus dados e cálculos, assim como apontando o embasamento jurídico, que se mostra correto, específico e compreensível.

Assinale-se que, em busca da determinação da quantia efetivamente devida, tendo considerado os equívocos indicados pelo fiscalizado, a JJF (Junta de Julgamento Fiscal) converteu o feito duas vezes em diligência. Atendidas as solicitações do órgão de primeiro grau, o ICMS da terceira imputação foi reduzido também duas vezes (após as diligências), para R\$ 411.669,61 e R\$ 409.779,87.

Não foi identificada violação aos princípios da legalidade, da busca da verdade material ou a quaisquer outros de direito constitucional, administrativo ou tributário, em especial os do processo administrativo fiscal (art. 2º, Decreto nº 7.629/1999), tendo sido observada a garantia à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizada nas diligências, nos aspectos abordados no Recurso, na impugnação, nas informações e nas manifestações fiscais.

Rejeitada a preliminar de nulidade.

No mérito, a leitura do Acórdão de origem não pode levar a outra conclusão que não seja a de que o ilícito restou correta e pormenorizadamente julgado, operação por operação, mercadoria por mercadoria, não somente em relação aos códigos NCM/SU, como também no que se refere às naturezas, de acordo com o que resta esclarecido no trecho abaixo.

"Já o produto "Ratoeira Adesiva", em que pesa constar a NCM de produtos de material de construção sujeitos a ST, não se trata de material de construção e, consequentemente, não se enquadra no referido regime de substituição tributária".

Com supedâneo nas alegações da sociedade empresária, os valores das operações com itens efetivamente sujeitos ao regime de substituição foram deduzidos do lançamento em enfoque. Por exemplo:

"Em relação aos exercícios de 2009 e 2010, restou comprovado, conforme documentos fiscais apresentados pelo contribuinte, que copa suína, pururuca, lava auto, cola Bonder e silicone se submetem ao regime de substituição tributária, sendo os seus respectivos valores excluídos do levantamento fiscal, conforme planilhas às fls. 842 a 892 dos autos".

Comprovado o recolhimento a menor, não há que se falar em equívoco meramente formal, tampouco em inexistência de prejuízo à Fazenda Pública.

Mantida a Decisão de primeiro grau.

Em face do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida, que julgou PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 2989420602135, lavrado contra RONDELLI & RONDELLI LTDA. (SUPERMERCADO RONDELLI), devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$ 423.223,82, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, "a" e VII, alíneas "a" e "b" da Lei n.º 7.014/1996, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de junho de 2015.

FERNANDO ANTÔNIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

PAULO DANILLO REIS LOPES – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS