

A. I. Nº - 269140.3004/16-3
AUTUADO - SEARA ALIMENTOS LTDA.
AUTUANTES - JOILSON SANTOS DA FONSECA e CLÁUDIA LINS MENEZES LIMA
ORIGEM - IFEP – DAT/NORTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 17.03.2017

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0006-04/17

EMENTA: ICMS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. ESTORNO DE DÉBITO EM DESACORDO COM A LEGISLAÇÃO. No período abarcado pela ação fiscal, as operações com embutidos gozavam da dispensa do lançamento e pagamento do ICM prevista no art. 271 do RICMS-BA/12, quando se tratassem de saídas internas. Considerando que as operações de saídas relacionadas na autuação eram interestaduais, não havia amparo legal para o estorno efetuado pelo sujeito passivo. Infração caracterizada. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração foi lavrado em 29/06/16 para exigir ICMS no valor de R\$246.419,45, acrescido de multa de 60%, em razão de o autuado ter realizado “*estorno de débito de ICMS em desacordo com a legislação deste imposto*”, nos meses de agosto a dezembro de 2013.

Complementando a acusação acima, consta que a “*infração ocorreu quando a empresa estornou no livro de apuração os débitos referentes às saídas interestaduais de embutidos no período de 08/2013 a 12/2013, quando o §1º do art. 271, vigente à época, do RICMS aprovado pelo decreto 13780/12 não permitia.*”.

O autuado apresenta defesa, fls. 32 a 45, na qual afirma que a autuação não merece prosperar, conforme relatado a seguir.

Preliminarmente, suscita a nulidade do Auto de Infração por cerceamento de defesa. Faz alusão ao disposto nos artigos 18 e 39 do RPAF-BA/99 e, em seguida, afirma que no Auto de Infração há das irregularidades, a saber: (i) os dispositivos legais apresentados são incoerentes e preveem diversas situações; (ii) há nulidade por insegurança na determinação da infração. Destaca que no lançamento devem constar os fundamentos, os motivos, as provas e a legislação pertinente ao fato impositivo que levaram à exigência do imposto e à imposição de multa. Cita o disposto no art. 5º, LV, da Constituição Federal. Frisa que o lançamento não pode ser realizado de forma genérica, sem detalhar de quais incisos e artigos de lei decorre a infração imputada do contribuinte. Sustenta que a presente autuação traz como fundamentação legal, diversos dispositivos, sem fazer, no entanto, uma exata discriminação da suposta conduta infratora praticada por parte do autuado. Menciona que tudo isso gera o cerceamento do direito de defesa do impugnante, por não permitir, de forma clara e precisa, a devida compreensão dos fatos que motivaram o lançamento realizado, assertiva que está respaldada em decisões do Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda, cuja ementa transcreve. Requer que o Auto de Infração seja declarado nulo, com fundamento no art. 18, II, do RPAF-BA/99.

Ao adentrar no mérito, inicialmente discorre sobre o princípio da verdade material e cita farta doutrina e jurisprudência acerca desse princípio.

Afirma que, no presente caso, a verdade dos fatos é que o art. 271 do RICMS-BA/12, vigente à época dos fatos, autorizava o estorno de débito de ICMS referente a saídas interestaduais de embutidos. Transcreve esse referido dispositivo regulamentar e, em seguida, frisa que conforme se depreende do *caput* do art. 271 do RICMS-BA/12, o contribuinte abatedor fica dispensado do

pagamento do imposto referente às saídas de produtos comestíveis, inclusive embutidos, resultantes do abate de aves. Saliencia que o parágrafo primeiro do referido artigo apenas dispõe sobre o procedimento que deve ser adotado pelos contribuintes nas saídas de tais produtos, qual seja: emitir as notas fiscais com o destaque do imposto somente para creditamento do ICMS pelo destinatário, mas sem ônus tributário para o emitente.

Sustenta que, portanto, tem o direito de deixar de recolher o ICMS nas saídas de embutidos (mortadela), da forma que foi praticada, uma vez que:

- (i) tem como principal atividade a comercialização de carne e demais produtos comestíveis resultantes do abate de aves, conforme cópia do cartão CNPJ anexo (doc. 1);
- (ii) o benefício previsto no art. 271, do RICMS-BA/12, vigente à época, teve seus efeitos durante o período abrangido pela autuação - de 01/08/2013 a 30/11/2014;
- (iii) conforme redação do *caput* do artigo 271, o ICMS também é dispensado nas saídas de embutidos provenientes do abate de aves; e
- (iv) o parágrafo primeiro apenas estabelece a forma pela qual o contribuinte deve emitir suas notas fiscais quando se valer do benefício previsto no *caput* do art. 271 do RICMS-BA/12.

Assegura que, desse modo, o Auto de Infração não merece subsistir, pois vai de encontro à verdade material dos fatos, bem como à correta interpretação da legislação que rege a matéria.

Pontua que a lei tributária interpreta-se da maneira mais favorável aos acusados, nos termos do art. 112 do Código Tributário Nacional e da jurisprudência pátria. Transcreve esse dispositivo legal, bem como ementa de decisões de órgãos julgadores administrativos. Frisa que, se persistirem dúvidas quanto à natureza ou às circunstâncias materiais do fato, ou seja, se o *caput* do art. 271 do RICMS-BA/12 permitia o estorno de débito de ICMS no caso em questão, deve ser afastada a exigência fiscal, em obediência à determinação do art. 112 do CTN.

Menciona que a multa indicada na autuação, no patamar de 60%, ofende os princípios do não confisco, da razoabilidade e da proporcionalidade. Faz alusão ao disposto no art. 150, IV, da Constituição Federal, assim como reproduz jurisprudência. Afirma que as multas, quando aplicáveis, devem sê-las em seus patamares mínimos, em respeito a todos os princípios constitucionais acima mencionados e como medida única de prestígio da proporcionalidade e da razoabilidade. Diz que a multa indicada na autuação deverá ser corrigida para ser aplicada em patamares razoáveis e proporcionais, em respeito aos princípios constitucionais citados.

Ao finalizar, o autuado solicita que o Auto de Infração seja julgado nulo ou improcedente. Requer que, em caso de dúvida quanto à interpretação do art. 271 do RICMS-BA/12, seja aplicado o princípio previsto no art. 112 do CTN. Pede que, caso o entendimento deste colegiado seja diverso do apresentado anteriormente, a multa indicada na autuação seja relevada ou reduzida. Também solicita que as intimações e notificações sejam encaminhadas ao seu patrono Dr. Fábio Chilo, OAB/SP 221.616, com endereço profissional no município de São Paulo, Estado de São Paulo, na Avenida Marginal Direita do Tietê, nº 500, 3º andar, Bloco I, Vila Jaguara, CEP 05.118-100, inclusive para fins de sustentação oral.

Ao prestar a informação fiscal, fls. 62 a 65, o autuante afirma que a preliminar de nulidade não procede, pois:

- a) Na descrição da infração foi consignado que a empresa estornou no livro de apuração os débitos referentes às saídas interestaduais de embutido no período de 08/2013 a 12/2013, quando, o §1º do Art. 271, vigente à época, do RICMS aprovado pelo decreto 13780/12 não permitia.
- b) Constam nos anexos do Auto de Infração os demonstrativos, analíticos, resumo e o cálculo do estorno utilizado a maior, além das diferenças apuradas.
- c) A infração está devidamente enquadrada e tipificada. Enquadramento Legal: Artigos 24, 25 e 26 da Lei 7.014/96 c /c artigos 307 e 308 do RICM-BA/12, e Multa Aplicada: Artigo 42, inciso II, alínea “f”, da Lei 7.014/96.

d) O resultado da fiscalização foi entregue para o representante do autuado 15 dias antes da lavratura do Auto, por e-mail.

Diz que, portanto, fica comprovado não foi infringido qualquer dispositivo do RPAF-BA/99, principalmente o seu art. 18, visto que o lançamento de ofício contém todos os elementos para se determinar com precisão a infração.

Ao adentrar no mérito, transcreve o disposto no art. 271 do RICMS-BA/12, observando as alterações introduzidas nesse regramento e, em seguida, sustenta que *“Fica bastante claro da leitura do dispositivo vigente de 01/04/12 a 30/11/2014 que o §1º do Art. 271 determinava o destaque o imposto nas saídas interestaduais sem ônus para o emitente, mas isso somente nas saídas de produtos resultantes do abate de aves, bovinos, suínos, caprinos e ovinos, não incluindo nesse meio os embutidos”*. (grifo do original)

Explica que o *caput* do art. 271, durante o período de 01/08/13 a 30/11/14, incluiu a dispensa do pagamento do ICMS apenas nas saídas internas. Diz que até 30/07/13 os embutidos não estavam incluídos no *caput* e eram, portanto, sujeitos ao pagamento do imposto. Aduz que a Alteração 16 do RICMS-BA/12 desonerou os embutidos nas saídas internas e, posteriormente, a alteração 26 volta a onerar os embutidos, inclusive nas saídas internas.

Pontua que, como nas saídas interestaduais de aves e afins, no período abrangido pela autuação, o imposto destacado era apenas para creditamento do destinatário, o contribuinte podia estornar essas saídas ao final do período, no livro Registro de Apuração de ICMS. Diz que, no entanto, o autuado se equivocou ao incluiu nesse estorno as saídas de embutidos, as quais não estão contempladas com o citado benefício. Frisa que a interpretação da legislação tributária nos casos de benefício fiscal é literal, não cabendo ao intérprete qualquer margem de discricionariedade ou mesmo elasticidade na aplicação da norma. Menciona que tudo está explicado e demonstrado nas planilhas anexadas ao processo (fls. 6 a 26).

Afirma que o disposto no art. 112 do CTN não se aplica ao caso em tela.

Afirma que a multa de 60% indicada na autuação está prevista no art. 42 da Lei nº 7.014/96, tendo sido aplicada em restrita obediência à lei.

Ao finalizar, mantém a autuação em sua totalidade.

VOTO VENCIDO

Preliminarmente, o autuado suscitou a nulidade do Auto de Infração, por cerceamento de defesa, pois considerava que os dispositivos legais citados pelo autuante eram incoerentes e previam situações diversas, bem como entendia que havia insegurança na determinação da infração.

De acordo com o Auto de Infração, o autuado foi acusado de ter efetuado estorno de débito de ICMS em desacordo com a legislação deste imposto. Detalhando a descrição dessa infração, os autuantes cuidaram de consignar que *“Essa infração ocorreu quando a empresa estornou no livro de apuração os débitos referentes às saídas interestaduais de embutidos no período de 08/2013 a 12/2013, quando o §1º do Art. 271, vigente à época, do RICMS aprovado pelo decreto 13780/12 não permitia.”*.

Ao efetuar o enquadramento legal da infração, os autuantes consignaram os artigos 24, 25 e 26, da Lei nº 7.014/96, combinados com os artigos 307 e 308 do RICMS-BA/12. A multa indicada na autuação foi tipificada no art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96.

Também se observa que os autuantes elaboraram demonstrativos, anexos ao Auto de Infração, os quais evidenciam a ocorrência da infração, bem como apontam todos os dados utilizados na apuração dos valores lançados de ofício.

Dessa forma, concluo que os fatos imputados ao autuado estão descritos de forma clara e precisa, permitindo que o sujeito passivo entenda do que está sendo acusado e exerça em sua plenitude o seu direito de defesa. A descrição da infração e o enquadramento legal utilizado pelos autuantes

não implicam prejuízo ao pleno exercício do direito de defesa e do contraditório e, portanto, não há motivo para a decretação da nulidade arguida. Ressalto que um eventual equívoco na indicação de dispositivo legal não seria razão para nulidade, pois a descrição dos fatos deixe evidente o correto enquadramento legal - art. 19 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia (RPAF-BA).

Em face ao acima exposto, afasto a preliminar de nulidade suscitada na defesa.

No mérito, trata o Auto de Infração de estorno de débito de ICMS, referente a operações de saídas interestaduais de embutidos, em desacordo com a legislação do imposto, nos meses de agosto a dezembro de 2013. Conforme consta no corpo do Auto, esse estorno não estava previsto no §1º do art. 271 do RICMS-BA/12, com a redação vigente à época dos fatos geradores.

Em sua defesa, o autuado sustenta, em apertada síntese, que o disposto no art. 271 do RICMS-BA/12, vigente à época dos fatos, autorizava o estorno de débito de ICMS referente a saídas interestaduais de embutidos.

Considerando que o autuado não questiona os valores e nem os cálculos constantes nos demonstrativos anexos ao Auto de Infração, o deslinde da questão cinge-se à interpretação do art. 127, §1º, do RICMS-BA/12, vigente à época dos fatos. Dessa forma, peço licença para transcrever o caput do art. 271 e o §1º, vigente à época dos fatos:

Art. 271. Fica dispensado o lançamento e o pagamento do imposto referente às saídas efetuadas de estabelecimento abatedor que atenda a legislação sanitária estadual ou federal e as operações internas subseqüentes com os produtos comestíveis, inclusive embutidos, resultantes do abate de aves e gado bovino, bufalino, suíno, eqüino, caprino, ovino, asinino e muar, bem como o diferido relativo às aquisições dos animais vivos. (grifo não do original)

A redação acima do caput do art. 271 foi dada pela Alteração nº 16 do RICMS-BA/12, introduzida pelo Dec. 14.707, de 09/08/13, DOE de 10 e 11/08/13, efeitos de 01/08/13 a 30/11/14.

§ 1º Na saída interestadual dos produtos resultantes do abate de aves e gado bovino, bufalino, suíno, eqüino, caprino, ovino, asinino e muar, o estabelecimento abatedor que atenda a legislação sanitária estadual ou federal emitirá nota fiscal com destaque do imposto apenas para creditamento do imposto pelo destinatário, mas sem ônus tributário para o emitente. (grifo não do original)

A redação supra do §1º do art. 271 foi dada pela Alteração nº 9 do RICMS-BA/12, introduzida pelo Dec. 14.254, de 28/12/12, DOE de 29 e 30/12/12, efeitos de 01/04/12 a 30/11/14.

Com base no regramento acima transcrito, vigente à época dos fatos geradores, depreende-se que nas operações de saídas internas com embutidos, dentre outros produtos, fica dispensado o lançamento e pagamento do ICMS. Considerando que as operações relacionadas na autuação são todas elas interestaduais, conforme se depreende do demonstrativo de fl. 6, essas operações de saídas de embutidos são tributadas normalmente e, em consequência, os estornos de débitos de que trata o Auto de Infração estão em desacordo com a legislação.

Considerando que as operações de saídas interestaduais de embutidos não gozavam do benefício previsto no art. 271 do RICMS-BA/12 e que o defendente não apontou erros no cálculo do imposto lançado, a infração imputada ao autuado subsiste em sua totalidade.

Não há como se atender ao pedido do autuado para que seja aplicado ao caso em análise o princípio insculpido no art. 112 do CTN, pois não há dúvida que justifique o atendimento de tal pleito. A matéria objeto da autuação está prevista no caput do art. 271 do RICMS-BA/12; se o defendente tinha alguma dúvida quanto à tributação de embutido nas operações de saída interestadual, deveria ter efetuado consulta junto ao órgão competente da SEFAZ-BA.

Quanto à tese defensiva de que a multa de 60% indicada na autuação possui o caráter de confisco, ressalto que tal penalidade possui previsão na Lei nº 7.014/96 - art. 42, II, "f" - e que não cabe a este órgão julgador administrativo apreciar aspectos relacionados à constitucionalidade da legislação tributária estadual, conforme prevê o art. 125, I, da Lei nº 3.956/81 (Código Tributário do Estado da Bahia - COTEB).

Por decorrer de descumprimento de obrigação tributária principal, a multa indicada na autuação não pode ser dispensada ou reduzida como pleiteia o autuado, pois a apreciação de tal matéria ultrapassa a competência das Juntas de Julgamento Fiscal deste Conselho de Fazenda.

No que tange à solicitação defensiva para que as intimações acerca do presente feito sejam realizadas em nome do seu advogado, no endereço que declina, nada obsta o atendimento de tal pleito, porém o não atendimento a esse pedido não prejudicará a validade da intimação, desde que feita em conformidade com o disposto no artigo 108 do RPAF-BA/99 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99).

Em face ao acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

VOTO VENCEDOR

Preliminarmente se faz *mister* cingir que o escopo da divergência em questão é a interpretação do texto do Art. 271 do RICMS/2012 aprovado pelo Dec. 13.780/2012, vigente no período de 01/08/13 a 30/11/14, no que tange à situação tributária do produto “EMBUTIDOS”. Portanto, quanto a alegação da defesa em que questiona nulidade do feito, acompanho o voto do relator.

O objeto do lançamento de ofício encerrado pelo auto de infração em tela foi o estorno de débito fiscal relativo às saídas interestaduais do produto EMBUTIDOS no período de 31/08/2013 a 31/12/2013.

A legislação em questão assim dispunha:

Art. 271. Fica dispensado o lançamento e o pagamento do imposto referente às saídas efetuadas de estabelecimento abatedor que atenda a legislação sanitária estadual ou federal e as operações internas subsequentes com os produtos comestíveis, inclusive embutidos, resultantes do abate de aves e gado bovino, bufalino, suíno, equino, caprino, ovino, asinino e muar, bem como o diferido relativo às aquisições dos animais vivos. (Grifamos)

Redação originária do § 1º, sendo que o Parágrafo único do art. 271 foi renumerado para § 1º pela Alteração nº 9 (Decreto nº 14.254 de 28/12/12, DOE de 29 e 30/12/12), mantida sua redação, efeitos de 01/04/12 a 30/11/14:

“§ 1º Na saída interestadual dos produtos resultantes do abate de aves e gado bovino, bufalino, suíno, equino, caprino, ovino, asinino e muar, o estabelecimento abatedor que atenda a legislação sanitária estadual ou federal emitirá nota fiscal com destaque do imposto apenas para creditamento do imposto pelo destinatário, mas sem ônus tributário para o emitente.” (Grifamos)

Interpretando literalmente o caput do Art. 271 verifico que este dispensa do pagamento do ICMS todas as saídas dos produtos que discrimina, sejam internas ou interestaduais, e que entre os produtos que dispensa do pagamento do ICMS, sem restrição quanto a tratar-se de internas ou interestaduais, estão os EMBUTIDOS.

Ao interpretar o parágrafo primeiro do Art. 271, verifico que aquele o complementa sem trazer nenhuma restrição expressa ao texto do caput, determinando a forma escritural a ser utilizada pelo contribuinte para fazer jus ao benefício da dispensa do pagamento do ICMS, previsto na regra geral, quando este realizar operações interestaduais, já que o referido benefício também alcança estas operações.

Entendo que quaisquer exceções à regra matriz contida no caput de um artigo deve se processar de forma expressa e nunca de forma evasiva ou indireta, como quis a interpretação que culminou com o lançamento de ofício em questão.

Assim, da interpretação empreendida no caput do art. 271 do RICMS/12, combinado com o seu parágrafo primeiro, concluo que todas as saídas internas e interestaduais de produtos resultantes do abate de aves e gado bovino, bufalino, suíno, equino, caprino, ovino, asinino e muar, promovidas por estabelecimentos abatedores que atendam a legislação sanitária estadual ou federal, estão dispensados do pagamento do ICMS.

Destarte, os EMBUTIDOS, por se enquadrar nesta dispensa, devem observar em suas saídas interestaduais o mesmo tratamento tributário que os demais, visto não haver verificado nenhuma exceção declarada de forma expressa no parágrafo primeiro do art. 271. Pois, não seria crível

admitir que uma exceção a regra delineada no caput de um artigo, possa ser deduzida de forma indireta da interpretação de seu respectivo parágrafo.

Destarte, voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por decisão não unânime, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração **nº 269140.3004/16-3**, lavrado contra **SEARA ALIMENTOS LTDA**.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do artigo 169, inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de fevereiro de 2017.

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO/RELATOR/VOTO VENCIDO

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA – JULGADOR/VOTO VENCEDOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – JULGADORA