

A.I. Nº - 276890.0006/20-4
AUTUADO - PÉROLA DISTRIBUIÇÃO E LOGÍSTICA S.A.
AUTUANTE - HÉLIO ANTÔNIO MEDIANO
ORIGEM - IFEP SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET 20//08/2021

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0135-02/21-VD

EMENTA: ICMS. 1. FALTA DE RECOLHIMENTO. OPERAÇÕES TRIBUTADAS COMO NÃO TRIBUTADAS. Infração reconhecida. 2. ALÍQUOTAS. ERRO NA SUA APLICAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOS. SAÍDAS DE MERCADORIAS REGULARMENTE ESCRITURADAS. a) SAÍDAS ATRAVÉS DE NOTAS FISCAIS. Arguida a sujeição de parte das mercadorias arroladas, no regime de substituição tributária, acolhida em parte pelo autuante. Refeitos os cálculos. Infração parcialmente subsistente. b) SAÍDAS ATRAVÉS DE ECF. Infração não contestada, tida como subsistente. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. OPERAÇÃO TRIBUTADA COM REDUÇÃO DE BASE DE CÁLCULO. FALTA DE PREVISÃO LEGAL. Infração reconhecida. 4. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS. MULTA FORMAL. DOCUMENTOS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Infração reconhecida. Afastada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração foi lavrado em 30/06/2020, para exigir o crédito tributário no valor histórico de R\$151.915,31, acrescido de multa, pela constatação das infrações a seguir descritas.

INFRAÇÃO 01 – 02.01.03 – Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, pela falta de escrituração do ICMS, relativo às transferências de mercadorias para outros estabelecimentos, não destacando o respectivo imposto, para ocorrências nos períodos de janeiro de 2016 a dezembro de 2017. ICMS no valor de R\$7.462,42 mais multa de 60% tipificada no art. 42, inc. II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

Enquadramento legal: art. 2º, inc. I e art. 32 da Lei nº 7.014/96 c/c art. 332, inc. I do RICMS/2012.

O autuante complementa: “Operações de vendas de preservativos sem o desconto obrigatório na nota fiscal. DECRETO Nº 13.780 DE 16 DE MARÇO DE 2012 – RICMS/BA.

Art. 264. São isentas do ICMS, podendo ser mantido o crédito fiscal relativo às entradas e aos serviços tomados vinculados a essas operações ou prestações:

XXIII - as operações com preservativos, classificados no código 4014.10.00 da NBM/SH, desde que o contribuinte abata do preço da mercadoria o valor equivalente ao imposto que seria devido se não houvesse a isenção, indicando expressamente no documento fiscal (Conv. ICMS 116/98);

CONVÊNIO ICMS 116/98

Cláusula primeira Ficam isentas do ICMS as operações com preservativos, classificados no código 4014.10.00 da Nomenclatura Brasileira de Mercadorias - Sistema Harmonizado - NBM/SH.

§ 1º O benefício fiscal previsto nesta cláusula fica condicionado a que o contribuinte abata do preço da mercadoria o valor equivalente ao imposto que seria devido se não houvesse a isenção, indicando expressamente no documento fiscal”.

INFRAÇÃO 02 – 03.02.02 – Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, para ocorrências nos períodos de janeiro de 2016 a dezembro de 2017. ICMS no valor de R\$92.581,80 mais multa de 60% tipificada no art. 42, inc. II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

Enquadramento legal: Artigos 15, 16 e 16-A da Lei nº 7.014/96.

O autuante complementa informando que *“O contribuinte enquadrou algumas mercadorias como se fossem da Substituição Tributária, deixando assim de tributá-las nas saídas. No demonstrativo constam mercadorias que deixaram de recolher o adicional do Fundo de Combate à Pobreza de 2% sobre cosméticos de acordo com o art. 16-A, parágrafo único, inc. I da Lei nº 7.014/96. Com efeitos a partir de 10/03/2016. Com relação ao adicional de 2%, a empresa classificou a loção hidratante no NCM 3307.20.90 (outros), e o NCM correto é o 3304.99.10. Como pode ser visto: 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.*

3304.90.10 – Cremes de beleza e cremes nutritivos; loções tônicas.

Como pode ser observado a função dos cremes/loções hidratantes é a de nutrir a pele contra ressecamentos, que podem ser ou não perfumados.

Anexos ao processo seguem imagens tiradas da internet de algumas marcas mais conhecidas contendo o NCM correto e código de barras.

Diante do exposto, os cremes e loções hidratantes se enquadram na Instrução Normativa nº 52/2016”.

INFRAÇÃO 03 – 03.02.02 – Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, para ocorrências nos períodos de janeiro, fevereiro, abril a dezembro de 2016 e janeiro de 2017. ICMS no valor de R\$16.972,84, mais multa de 60% tipificada no art. 42, inc. II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

Enquadramento legal: Artigos 15, 16 e 16-A da Lei nº 7.014/96.

O autuante complementa informando que *“Operações com ECF. Débito a menor, erro na determinação da carga tributária. Foi retirado da infração o mês de março de 2016, por conta do ajuste feito na apuração (ajuste de débito em 03/2016)”.*

INFRAÇÃO 04 – 03.02.05 – Recolheu a menor ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias devidamente escrituradas, para ocorrências nos períodos de janeiro de 2016 a maio de 2017. ICMS no valor de R\$34.015,97, mais multa de 60% tipificada no art. 42, inc. II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

Enquadramento legal: Artigos 17 a 21 e art. 23 da Lei nº 7.014/96 (a depender da hipótese).

O autuante complementa informando que *“O contribuinte aplicou erroneamente a redução do Decreto nº 7799/00 de 41,176%, gerando assim uma diferença a pagar, conforme demonstrado na planilha anexa”.*

INFRAÇÃO 05 – 16.01.01 – Deu entrada no estabelecimento de mercadorias, bens ou serviços sujeitos à tributação sem o devido registro na escrita fiscal, sendo aplicada penalidade de natureza acessória de 1% sobre o valor de cada uma das entradas, para ocorrências nos períodos de janeiro, março, maio a dezembro de 2016 e janeiro a julho de 2017. Multa no valor de R\$882,28, tipificada no art. 42, inc. IX da Lei nº 7.014/96.

Enquadramento legal: Artigos 217 e 247 do RICMS/2012.

A autuada através de seus advogados impugna o lançamento, fls. 76 a 92, onde inicialmente relata os fatos e após transcrever o teor das infrações, alerta que melhor analisando os elementos constantes dos autos, verificar-se-á que a pretensão fazendária não merece prosperar, visto que foram ofendidos diversos preceitos legais, bem como dispositivos de ordem constitucional, o que por si só é o suficiente para o levar a improcedência.

Ressalta que a pretensão do fisco estadual em cobrar multa de 60% do valor do imposto, configura-se exagerada e inconstitucional com o propósito de justificar a mais absoluta má destinação dada aos recursos públicos, motivo maior dos prejuízos ao Erário público reiteradamente proclamado pelos gestores da coisa pública.

Defende que tal situação não pode ensejar a imposição de tão severa penalidade, em nome de um interesse social inexistente e aconselha ao julgador, seja administrativo ou judicial, se orientar pelas lições do jurista Rui Barbosa, contidas no seu célebre discurso “Oração aos Moços”, cujo trecho reproduz.

Referindo-se as questões tratada nos autos, lembra que as ações nesse campo são orientadas pelos princípios da legalidade e da razoabilidade, de forma que a atuação da Administração Pública deve seguir tais princípios além de observar os parâmetros da proporcionalidade, que censuram ato administrativo que não guarde uma proporção adequada entre os meios que emprega e o fim que a lei almeja alcançar.

Explana acerca dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, como sendo uma das facetas que revela que “*nem todos os meios justificam os fins*”, pois os meios conducentes à consecução das finalidades, quando exorbitantes, superam a proporcionalidade, porquanto, medidas imoderadas em confronto com o resultado almejado.

Assevera que as multas tributárias são penalidades administrativas pela infração de uma obrigação fiscal definida em lei, ou seja, é a coerção objetiva que o Estado impõe ao contribuinte pela violação de seu direito subjetivo de crédito, positivando o fato ilícito da relação tributária.

Observa-se que o *jus puniendi* no direito tributário não pode ser exercido sem a estrita observância dos princípios e limitações insertos na Constituição Federal, dentre os quais o não-confisco, a capacidade contributiva, a razoabilidade e a proporcionalidade, sendo necessário buscar nesses princípios instrumentos para se combater a inconstitucionalidade verificada.

Referindo-se ao princípio da capacidade contributiva esclarece que o seu caráter programático, serve como norteador da atividade legislativa na Constituição Federal, inscrito no seu § 1º do art. 145, copiado.

Salienta que o citado princípio tem por escopo o atingimento da justiça fiscal, repartindo os encargos do Estado na proporção das possibilidades de cada contribuinte. Dessa forma, toda vez que a autoridade administrativa se vê obrigada a autuar um contribuinte pelo descumprimento de uma obrigação fiscal, deverá fazê-los orientando-se primeiramente pelo princípio da capacidade contributiva, evitando criar obrigações desproporcionais e impagáveis, a exemplo do caso aqui tratado.

Notícia que analisando questões idênticas à ora tratada, o Supremo Tribunal Federal já se posicionou, declarando inconstitucional a multa pretendida pela legislação fluminense que perseguia o recebimento de 200% sobre o valor do tributo. Na ocasião, prestadas as informações pertinentes, o então Procurador-Geral da República, proferiu parecer, cujo trecho transcreve e na sequência, o Tribunal Pleno do STF, apreciando o pedido formulado nos autos da ADIN 551-1/600-RJ, por unanimidade, acompanhou o voto do Ministro Ilmar Galvão, julgando inconstitucional a legislação questionada, cujo acórdão reproduz, assim como o teor dos votos decisórios dos Ministros que participaram do julgamento.

Complementa que em outras oportunidades a Suprema Corte teve a oportunidade de desafiar a matéria, firmando seu posicionamento no sentido de que é inconstitucional a multa que supera em 30% o valor do principal, cujo voto foi proferido pelo Ministro Joaquim Barbosa, em 28/10/2006, no RE 492842-RN, publicado no DJ de 22/11/2006, reproduzido.

Conclui que a pretensão fazendária de cobrança de percentuais, a título de multas, evidentemente abusivos e que fogem aos limites de razoabilidade, de proporcionalidade ou legalidade, agridem de maneira frontal, preceito expresso na Constituição Federal, disposto no art. 150, inc. I, que determina ser vedado ao Estado utilizar tributo e acessórios daí decorrentes, com efeito de

confisco e ofendem, ainda, por via direta o princípio da capacidade contributiva, da razoabilidade e da proporcionalidade.

Frisa que a multa exigida no Auto de Infração foi fixada em valor excessivo, suficiente para inviabilizar a vida financeira da empresa, consistindo em verdadeiro ato confiscatório e desviado de sua finalidade primitiva, devendo ser reconhecida nula, por ofensa ao art. 61, § 1º, inc. II, alínea “b”, e art. 150, inc. IV da Constituição Federal.

Reproduz texto acerca do entendimento do Ministro Celso de Mello, expresso no voto, como relator do RE nº 374981/RS, acerca da matéria.

Pede que seja reconhecido o efeito confiscatório da multa e, ante à nulidade insanável verificada, seja anulado o lançamento levado a efeito, na esteira de reiterados julgados proferidos pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás.

Ao tratar do mérito, frisa que na situação, ora discutida, ocorre apenas a presunção da ocorrência de infração tributária, o ônus da prova do alegado cabe ao fisco, o qual deve provar de maneira insofismável, amparado em dados sólidos e factíveis, a infração imputada, diferentemente do que ocorre no executivo fiscal, onde há inversão desse ônus em virtude da presunção de certeza e liquidez de que goza a “*certidão de inscrição da dívida ativa*”.

Ensina que vigora no procedimento administrativo o princípio da verdade material, onde há a orientação legal para que sejam procedidas todas as diligências no sentido de se alcançar a realidade do ocorrido, afastando-se a possibilidade da cobrança de tributos por mera presunção, tal como pretendido no presente caso.

Afirma que o Auto de Infração é lastreado por levantamento realizado pela autoridade fiscal, de maneira equivocada, já que não houve omissão no recolhimento, tampouco recolhimento a menor do ICMS, muito menos ausência de registro de notas fiscais de entrada na EFD, porque, entendeu o Fiscal que teria ocorrido a omissão do pagamento do ICMS, no valor de R\$151.915,31, em decorrência das infrações que reproduz.

Ao se referir a infração 01, diz que o custo praticado contempla o desconto concedido, mas não contempla o motivo de desoneração no arquivo *xml*, fato que gera a rejeição da nota fiscal – NF-e com motivo 610. Segundo análise da operadora do sistema, as notas fiscais que contém vários itens não reconhece o motivo da desoneração deste tipo de desconto, sendo que está averiguando com a empresa do sistema, uma forma de individualizar o item para evitar tal desvio.

Transcreve o embasamento legal e descritivo da nota técnica da NF-e, que demonstra o motivo da geração do erro. Ressalta que o abatimento existe como pode ser comparado com outros concorrentes na venda de outros produtos, sendo que a mensagem fiscal é descrita, somente o vínculo do código no *xml* não consta no arquivo. Os demais itens foram regularmente cumpridos.

Argui, conforme pode ser observado junto ao manual da nota fiscal eletrônica para aplicação “VICMSDeson”, devem ser informados para todos os produtos faturados utilizando o CST 40, mesmo para os produtos que não possuem a obrigatoriedade da informação da *tag* “VICMSDeson”, gerando assim erro 610 – Rejeição Total da NF, difere do somatório dos valores que compõe o valor total da NF, assim o intuito da isenção foi alcançado, visto que o produto é comercializado a um valor acessível.

Conclui que o valor do desconto foi repassado, não havendo omissão no recolhimento do ICMS.

No tocante a infração 02, referente ao suposto erro na determinação da alíquota e recolhimento a menor do ICMS, afirma que também não procede a acusação, pois os itens a serem impugnados apontam a incidência de ICMS normal, mas são produtos com incidência de ICMS-ST conforme embasamento legal:

- a) BEBIDA ICE – NCM: 2208.90.00 CEST: 02.003.00: Estão sujeitas ao regime de ICMS ST, Conforme Anexo I, 2.0, Item 2.3, RICMS/BA – Redação Vigente Ano 2016, de 01/01/2016 até 09/03/2016 Anexo I, 3.0, Item 3.17, RICMS/BA – Redação Vigente Ano 2017 a partir de 01/02/2017, Bebida refrescante com teor alcoólico inferior a 8%;

- b) CEREAL MATINAL – NCM: 1904.10.00 CEST: 17.030.00: está inserido no regime de ICMS ST conforme Item 11.7, Anexo I, RICMS/BA - Redação Vigente 10/03/2016 a 31/01/2017 e a partir de 01/02/2017: 1904.1 - Salgadinhos à base de cereais, obtidos por expansão ou torrefação;
- c) Produto PALHA DE AÇO NCM 7323.10.00 CEST: 10.059.00 deve ser tributado no regime de ICMS ST de acordo com Item 8.59, Anexo I, RICMS/BA - Redação Vigente 10/03/2016 a 31/01/2017 e a partir de 01/02/2017: 7323 – PALHA de ferro ou aço.

Conta que foi apontada pelo Auditor Fiscal, ainda a cobrança do “Fundo de Combate à Pobreza – FCP”, prevista no art. 16-A da Lei nº 7.014/96, copiado, referente ao período anterior a divulgação da Instrução Normativa.

Frisa que o produto LOÇÃO HIDRANTE NCM 3307.20.90 não consta elencado na Instrução Normativa nº 05/2016 que define os NCM's com incidência de “FCP”, assim, entende que este produto deve ser tratado sem incidência do Fundo de Combate à Pobreza, pois o NCM é determinado pela indústria, mas, o Auditor Fiscal equivocadamente alega que deveriam ser enquadrados na NCM 3304.90.10, visto que o mesmo se encontra na Instrução Normativa para itens congêneres.

Por fim, com relação a infração 05, referente a suposta falta de escrituração das notas fiscais de entrada na EFD, garante não proceder a acusação, pois as notas relacionadas pelo Auditor Fiscal, foram emitidas “*de forma grosseira*”, sendo que os emissores utilizaram irregularmente o CNPJ do contribuinte.

Afirma que a malha só registrou extemporaneamente no termo de ocorrência, sendo que o fiscal não acatou o documento enviado, mesmo tendo sido feito tardiamente e independente da autuação.

Quanto a manutenção das notas fiscais tidas como não registradas, diz que não deve prosperar a acusação, já que trouxe termo de ocorrência, visando demonstrar que as notas fiscais de entrada não foram mercadorias adquiridas, já que contribuintes de outros estados utilizaram indevidamente o seu CNPJ para emissão das notas fiscais, e, por não se tratar de mercadoria por ela adquirida, devem ser excluídas do levantamento fiscal.

Assevera não haver provas de qualquer pedido ou pagamento referente as mercadorias acobertadas nas notas fiscais, bem como do aproveitamento de crédito de ICMS destacado nas referidas notas, tampouco a entrega das mercadorias no seu estabelecimento.

Relata que constatada a fraude, diligenciou no sentido de comunicar o fato através do termo de ocorrência, onde comunicou o fato visando investigação do crime praticado, não admitindo, em hipótese alguma, a lavratura de Auto de Infração, lhe imputando inidôneas práticas irreais, baseado apenas em situação hipotética, inexistente e em procedimento equivocado, incompleto e eivado de erros, os quais nulificam o lançamento por completo.

Conclui, com base nas mesmas informações disponíveis aos auditores fiscais, mesmo que de forma perfunctória, se mostra a improcedência do Auto lavrado, já que a fiscalização não conseguiu demonstrar que teria deixado de recolher o ICMS, tampouco ter aplicado alíquota diversa, e nem deixado de registrar as notas fiscais de entrada, de forma a se apurar a realidade do ocorrido, qual seja, a inexistência de divergências que justifique a acusação fiscal.

Para a comprovação do alegado, colaciona relatórios de notas fiscais ICMS-ST (BEBIDA ICE, CEREAL MATINAL, produto PALHA DE AÇO), além da parte da relação de notas fiscais referentes ao produto LOÇÃO HIDRATANTE NCM 3307.20.90.

Acrescenta que como prova requerida, traz o termo de ocorrência, referente as notas fiscais de entrada não adquiridas.

Requer a realização de diligência para que um fiscal estranho ao feito, analise os documentos e argumentos da defesa, e refaça o levantamento fiscal excluindo as divergências apontadas.

Pede ainda que seja acolhida a preliminar suscitada, por patente inconstitucionalidade da multa aplicada, bem como ilegalidade do Auto, e caso superada, no mérito, seja reconhecida a sua improcedência.

Por fim, protesta pela produção de todos os meios de prova em direito admitidas, por mais especiais que sejam.

O autuante presta a informação fiscal às fls. 451 a 454.

Inicialmente comunica que o contribuinte parcelou o débito referente aos valores integralmente exigidos nas infrações 01, 04 e 05, tendo defendido parcialmente a infração 02.

Quanto aos argumentos defensivos referentes aos valores das multas aplicadas, diz tratar-se de uma imposição legal da Lei nº 7.014/96, não lhe cabendo discuti-las.

Pontua que todas as infrações são acompanhadas de demonstrativos anexados ao processo, extraídos das EFDs de 2016 e 2017 e das notas fiscais eletrônicas do próprio contribuinte. Portanto, o ônus da prova foi amplamente materializado pelo fisco, sendo desnecessário uma diligência fiscal para tal fim.

Com relação ao item “BEBIDA ICE”, NCM 2208.90.00, admite ter razão parcial o contribuinte, vez que o item voltou a ser incluída na Substituição Tributária em 01/02/2017. Desta forma, o item foi excluído, a partir desta data.

Quanto ao outro item defendido, o “CEREAL MATINAL” NCM 1904.10.00, também reconhece razão parcial ao contribuinte, pois, o item defendido passou a fazer parte da Substituição Tributária a partir de 01/02/2017, cuja redação passou a ser: “*Produtos à base de cereais, obtidos por expansão ou torrefação*”, substituindo a redação anterior: “*Salgadinhos à base de cereais, obtidos por expansão ou torrefação.*”, demonstrando a intenção do legislador em tributar através da substituição tributária os salgadinhos.

Assim, exclui da infração 02 o item “CEREAIS MATINAIS” a partir de 01/02/2017.

Apresenta tabela demonstrando os valores que foram reduzidos da infração 02 com a retirada dos itens, nos períodos em que foram incluídos na substituição tributária.

Quanto ao terceiro item, “PALHA DE AÇO” NCM 7323.10.00, explica que a intenção do legislador é somente incluir na substituição tributária as palhas de aço destinadas aos materiais de construção e congêneres, como pode ser visto no texto copiado do Anexo 1 ao RICMS/2012.

Afirma que no caso da autuada, trata-se de PALHA DE AÇO de uso doméstico NCM 7323.10.00. Desta forma, mantém o item na infração 02.

Em relação a alegação referente a LOÇÃO HIDRATANTE NCM 3307.20.90, salienta que, como já foi descrito, o código NCM 3304.99.1 – CREMES DE BELEZA E CREMES NUTRITIVOS, consta na Instrução Normativa nº 05/2016, cuja função é de nutrir a pele contra ressecamentos, podendo ser ou não perfumados.

Para provar que a NCM utilizado pela empresa está errada, anexou ao processo, fls. 42, 43 e 44, algumas imagens de cremes de marcas mais conhecidas, contendo a NCM correta, ou seja, 3304.99.1. Portanto, mantém o item LOÇÃO HIDRATANTE na infração 02.

Em relação à cobrança do adicional de 2% do Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza, anterior à Instrução Normativa nº 05/2016, transcreve o art. 16-A, parágrafo único da Lei nº 7.014/96 e destaca que já era possível cobrar o adicional nas vendas de cosméticos desde 10/03/2016 e assim foi feito.

Acrescenta que a instrução normativa como o próprio nome diz, só foi editada para explicar melhor o parágrafo único do artigo 16-A da citada lei.

Pede que sejam alterados os valores da infração 02, cujos novos valores a serem cobrados segue demonstrado na tabela plotada, totalizando R\$86.104,26.

Em 18/12/2020, os membros desta 2ª Junta de Julgamento Fiscal, decidiram converter o processo em diligência para que o órgão preparador intimasse a autuada a tomar ciência da informação fiscal e do novo demonstrativo elaborado pelo autuante, entregando-lhe cópia dos documentos, com a indicação do prazo de dez dias para sobre eles se manifestar, tendo em vista que os

argumentos da defesa referentes a infração 02, foram acatados parcialmente, conforme novo demonstrativo elaborado, fl. 454.

Em cumprimento à diligência o contribuinte foi intimado a tomar ciência da informação fiscal e do novo demonstrativo de débito da infração 02, via DT-e, mensagem postada em 05/02/2021, com a ciência tácita em 15/02/2021.

Transcorrido o prazo, o sujeito passivo se manteve silente.

É o relatório.

VOTO

O Auto de Infração em análise imputa ao sujeito passivo a acusação de ter cometido cinco infrações à legislação do ICMS, sobre as quais apresentou tempestivamente impugnação às infrações 01, 02, 03 e 05.

Dessa forma, por não ter contestado a infração 04, a considero desde já subsistente, face ao que prevê o art. 140 do RPAF/99: *“O fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas”*.

A autuada é contribuinte do ICMS, inscrito no CAD-ICMS na condição NORMAL, exercendo a atividade econômica de comércio atacadista de produtos alimentícios em geral.

Preliminarmente, requer nulidade do lançamento, referindo-se a multa de 60% sugerida pelo autuante como penalidade às infrações apuradas, argumentando que a *“cobrança de percentuais, a título de multas, evidentemente abusivos e que fogem aos limites de razoabilidade, de proporcionalidade ou legalidade, agridem de maneira frontal, preceito expresso na Constituição Federal, disposto no artigo 150, inciso I, que determina ser vedado ao Estado utilizar tributo e acessórios daí decorrentes, com efeito de confisco. Ofendem, ainda, por via direta o princípio da capacidade contributiva, da razoabilidade e da proporcionalidade”*.

Assim, por entender que a multa sugerida no Auto de Infração, ora analisado, foi fixada em valor excessivo, suficiente para inviabilizar sua vida financeira, se constitui em verdadeiro ato confiscatório e desviado de sua finalidade primitiva, requer que *“seja reconhecido o efeito confiscatório da multa e, ante à nulidade insanável verificada, seja anulado o lançamento...”*

Ressalto que as multas propostas estão previstas no art. 42, inc. II, alínea “a”, e inc. IX da Lei nº 7.014/96, portanto aplicadas com suporte legal.

Nesse aspecto as arguições da defesa questionam sanções aplicadas, fundamentadas em lei tendo como supedâneo aos seus argumentos, questões de natureza constitucional, fato que impossibilita a análise, por parte deste órgão julgador administrativo, frente ao que determina o RPAF/99 no seu art. 167, incisos I e III.

Mesma vedação encontra-se disposta no Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB, Lei nº 3.956/81, art. 125, *verbis*.

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

I - a declaração de inconstitucionalidade;

II - questão sob a apreciação do Poder Judiciário ou por este já decidida.

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

Ademais, o citado RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99 determina como causas de nulidade no seu art. 18, *in verbis*.

Art. 18. São nulos:

I - os atos praticados por autoridade, órgão ou servidor incompetente;

II - os atos praticados e as decisões proferidas com preterição do direito de defesa;

III - as decisões não fundamentadas;

IV - o lançamento de ofício;

- a) que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator;
- b) em que se configure ilegitimidade passiva.

Ou seja, a arguição de nulidade fundamentada na aplicação de multa além dos limites de razoabilidade, de proporcionalidade ou legalidade, não se constitui motivo de nulidade dos lançamentos de ofício.

Pelo exposto, rejeito a arguição de nulidade.

Indefiro o pedido de diligência por considerar que nos autos estão presentes os elementos suficientes para a formação da convicção dos julgadores, conforme art. 147, inc. I, alínea “a” do RPAF/99.

Adentrando no mérito da autuação, preliminarmente registro que apesar da defesa combater todas as infrações, exceto a 04, o autuante, em sede de informação fiscal afirma que “*o contribuinte parcelou o Auto de Infração, sendo parceladas integralmente as infrações 01, 03, 04, 05 e defendeu parcialmente a infração 02*”. Fato confirmado através de consulta ao Sistema de Gestão da Administração Tributária – SIGAT, onde consta registrado o deferimento do parcelamento de débito dos valores exigidos nas infrações 01, 03 e 05 integralmente e parcialmente na infração 02, no montante de R\$126.459,34, parcelamento nº 1244720-0.

Considerando o que dispõe o CTN no art. 150, ou seja, “*Suspendem a exigibilidade do crédito tributário*” o pedido de parcelamento, solicitado e deferido, referente aos totais das infrações 01, 04 e 05 e parcial da infração 02, já constado nos extratos SIGAT, fls. 468 a 470, o pagamento de duas parcelas, fato que implica no acatamento pela autuada de parte ao que lhe foi imputado na infração 02 e integralmente nas infrações 01, 04 e 05.

Portanto, comprovada a consolidação de processo de parcelamento relativo à parte do valor da exação, nada mais há para discutir nesta instância administrativa sobre elas, por falta de objeto, devendo ser confirmado o crédito tributário e, posteriormente, se constatada a integral quitação, declarada a sua extinção, nos termos do art. 156, inc. I, do Código Tributário Nacional e art. 122, inc. I, do RPAF/99.

Resta, decidir a lide quanto aos itens contestados na defesa, parte da infração 02, especificamente e pontualmente quatro itens arrolados no levantamento: BEBIDA ICE – NCM: 2208.90.00; CEREAL MATINAL – NCM: 1904.10.00, PALHA DE AÇO – NCM 7323.10.00 e LOÇÃO HIDRANTE NCM 3307.20.90 sobre os quais passarei a analisar.

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 1 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 1, 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.

Ocorrência	Vencimento	Base de Cálculo (R\$)	Alíquota %	Multa %	Valor Histórico (R\$)
31/01/2016	09/02/2016	47.941,76	17	60	8.150,10
29/02/2016	09/03/2016	32.951,82	17	60	5.601,81
31/03/2016	09/04/2016	30.212,06	18	60	5.438,17
30/04/2016	09/05/2016	21.841,61	18	60	3.931,49
31/05/2016	09/06/2016	27.675,83	18	60	4.981,65
30/06/2016	09/07/2016	22.854,00	18	60	4.113,72
31/07/2016	09/08/2016	22.815,89	18	60	4.106,86
31/08/2016	09/09/2016	19.730,44	18	60	3.551,48
30/09/2016	09/10/2016	22.772,11	18	60	4.098,98
31/10/2016	09/11/2016	20.307,11	18	60	3.655,28
30/11/2016	09/12/2016	18.422,78	18	60	3.316,10
31/12/2016	09/01/2017	21.246,00	18	60	3.824,28
31/01/2017	09/02/2017	18.083,39	18	60	3.255,01
28/02/2017	09/03/2017	20.501,06	18	60	3.690,19
31/03/2017	09/04/2017	21.895,00	18	60	3.941,10
30/04/2017	09/05/2017	27.337,44	18	60	4.920,74
31/05/2017	09/06/2017	23.149,28	18	60	4.166,87
30/06/2017	09/07/2017	10.098,56	18	60	1.817,74
31/07/2017	09/08/2017	10.103,44	18	60	1.818,62
31/08/2017	09/09/2017	9.603,50	18	60	1.728,63
30/09/2017	09/10/2017	8.821,61	18	60	1.587,89
31/10/2017	09/11/2017	8.072,28	18	60	1.453,01
30/11/2017	09/12/2017	7.343,61	18	60	1.321,85
31/12/2017	09/01/2018	9.070,50	18	60	1.632,69
Total					86.104,26

Por fim, registro que tendo a autuada requerido o parcelamento do débito correspondente às infrações 01, 04 e 05, integralmente e parcialmente da infração 02, no total do principal de R\$126.459,34, conforme extrato do SIGAT, fl. 469, valor sobre o qual está suspensa a exigibilidade, por força do art. 150 do CTN, conforme resumo.

Infração	Código	Valor		Resultado
		Original	Julgado	
01	02.01.03	7.462,42	7.462,42	Procedente - Incluída no Parcelamento
02	03.02.02	92.581,80	86.104,26	Procedente e Reconhecida em Parte

03	03.02.02	16.972,84	16.972,84	Procedente - Incluída no Parcelamento
04	03.02.05	34.015,97	34.015,97	Procedente não Contestada
05	16.01.01	882,28	882,28	Procedente - Incluída no Parcelamento
Soma		151.915,31	145.437,77	

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

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **276890.0006/20-4**, lavrado contra **PÉROLA DISTRIBUIÇÃO E LOGÍSTICA S.A.**, devendo ser intimado o autuado a tomar ciência do julgamento da procedências total das infrações 01, 03, 04 e 05, e parcialmente da infração 02, no total de ICMS de **R\$144.555,49** acrescido de multa prevista no art. 42, inc. II, alínea “a” além da multa por descumprimento de obrigação acessaria de **R\$882,28**, prevista no art. 42, inc. IX da Lei nº 7.014/96 e para efetuar o pagamento do imposto relativa a infração 02, não incluída no parcelamento de débito no valor de ICMS **R\$18.096,15**, parcela não incluída no parcelamento em curso, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inc. II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

O órgão competente da SEFAZ deverá acompanhar os pagamentos dos valores parcelados para oportuna homologação.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 22 de julho de 2021.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS – RELATOR

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – JULGADOR