

A. I. Nº - 087461.0005/19-1
AUTUADO - ITF CHEMICAL LTDA.
AUTUANTES - ARLINDO AMORIM PEREIRA, EDMUNDO NEVES DA SILVA e HÉLIO SILVA DAMASCENO
ORIGEM - INFAZ INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 21/10/2021

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0173-04/21-VD

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. OPERAÇÃO TRIBUTÁVEL DECLARADA COMO NÃO TRIBUTÁVEL. Ficou demonstrado através de diligência realizada pela ASTEC, que as mercadorias objeto da presente exigência foram importadas, e que em razão das mesmas encontrarem-se avariadas, foram objeto de contenda judicial, vez que a remetente se recusa a recebê-las em devolução. Também restou comprovado que ditas mercadorias não saíram do estabelecimento autuado. De fato, não há que se exigir pagamento de imposto nestas operações, mas tão-somente a multa acessória de R\$460,00 – penalidade inespecífica, disposta no art. 92 §§ 1º e 2º da Lei nº 7.014/96 do RICMS/BA. Infração parcialmente subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 27/12/2018, exige ICMS no valor de R\$557.825,03, mais multa de 60%, com previsão no Art. 42, inciso II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96, em decorrência da seguinte acusação: *“Deixou de recolher ICMS no(s) prazo(s) regulamentar(es), referente às operações escrituradas nos livros fiscais próprios”*.

Consta ainda a seguinte informação: *“Deixou de recolher o ICMS nas remessas de mercadorias para armazém geral, lançadas com não incidência do imposto, não comprovando no entanto seu retorno real ou simbólico, fato que caracteriza saída definitiva não contemplada com a incidência prevista no art. 3º inciso VI, alíneas “a” e “c” da Lei 7.014/96, combinado com arts. 278 e 279, e seus parágrafos, do RICMS/BA, aprovado pelo Dec. 13.780/2012”*.

O autuado, através de advogado legalmente habilitado ingressa com defesa, fls. 13 a 44, e após falar sobre a tempestividade da apresentação da mesma, faz uma síntese dos fatos e ressalta que com a presente peça, a empresa Impugnante visa a baixa deste Auto de Infração, ante a demonstração de inoccorrência da suposta infração.

Abre o tópico denominado “DA PRELIMINAR DE NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO POR VICIO MATERIAL. ERRO NA CAPITULAÇÃO DA INFRAÇÃO”, afirmando que a presente autuação não merece ser acolhida, devendo ser extinta antes do julgamento do mérito, em vista de diversas irregularidades no momento de sua lavratura, que ocasionam o cerceamento ao direito de defesa do contribuinte e, conseqüentemente a nulidade da autuação como um todo.

Entende ter havido erro de capitulação da suposta e teórica infração imputada à ora Impugnante, circunstância que enseja a nulidade de todo procedimento fiscal, por não atender as previsões do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal neste Estado, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Após transcrever o disposto no artigo 18 do citado Decreto diz que são anuláveis os lançamentos que apresentem vícios nos pressupostos (vício formal), os quais integram o procedimento preparatório do lançamento, e, nulos aqueles que apresentam vícios nos requisitos (vício material), os quais decorrem da norma jurídica tributária.

Fala sobre as diferenças entre vício formal e vício material, transcrevendo definições do Auditor Fiscal Raimundo Parente de Albuquerque Júnior, no seu Trabalho Acadêmico sobre Nulidades no Lançamento Tributário.

Arremata que o vício material diz respeito ao conteúdo do lançamento (motivo da autuação fiscal e seus valores monetários, diante do fato, das provas e do direito aplicável ao fato, base de cálculo, desconhecimento da natureza do fato). Ou seja, tem por fundamento aspectos de mérito do lançamento que implica na falta de certeza e liquidez. Nesse sentido é a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e também a posição adotada pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme Ementas sobre o tema que transcreveu.

No presente caso, a Fiscalização não observou o quanto disposto na legislação estadual, na medida em que incorreu em erro na capitulação da suposta infração imputada à Impugnante, tratando desatendimento de obrigação formal de emissão de documento fiscal, como descumprimento de obrigação acessória, bem como pretendendo caracterizar operação de circulação de mercadoria, quando a mesma remanesce armazenada no estabelecimento da Impugnante, maculando, assim, todo o lançamento fiscal.

Informa que a Fiscalização considerou que a empresa contribuinte incorreu em infração ao art. 332, I, do RICSM/Ba, que trata do prazo de recolhimento do ICMS pelos contribuintes sujeitos ao regime de conta corrente fiscal, bem como violação aos artigos 2º, I, e 32 da Lei nº 7.014/96, que igualmente dispõem sobre o fato gerador e a forma de recolhimento do imposto. Isto é, não foi imputado à empresa a prática de qualquer infração tipicamente especificada, mas forçosamente de ausência de recolhimento do imposto, em operação originalmente alcançada pela não incidência do imposto, de modo a restar caracterizado erro na capitulação da infração que ensejaria a lavratura de um Auto de Infração. Até mesmo a penalidade aplicada na espécie é 'genérica', a prevista na alínea 'f' do inciso II do art. 42 da Lei 7.014/96, cuja redação transcreveu.

Entende que não há que se falar em infração que implique em descumprimento de obrigação tributária principal, ante a ausência de circulação da mercadoria, que remanesce no estabelecimento da Impugnante, portanto, o vício incorrido na exigência recai sobre a própria constituição do crédito, contaminando irremediavelmente o próprio lançamento. Houve, portanto, vício substancial, não meramente formal, sob a ótica de que a verificação da ocorrência do fato gerador da obrigação, a determinação da matéria tributável, o cálculo do montante do tributo devido e a identificação do sujeito passivo, definidos no art. 142 do Código Tributário Nacional, constituem-se em elementos fundamentais, intrínsecos, do lançamento, sem cuja delimitação precisa não se poderia admitir a existência da obrigação tributária em concreto.

Ressalta que o levantamento e observância desses elementos básicos antecedem e seriam preparatórios à formalização do lançamento, a qual se dá no momento seguinte, mediante a lavratura do auto de infração e consequente notificação ao sujeito passivo, quando, aí sim, deverão estar presentes os seus requisitos formais, extrínsecos, como, por exemplo, a assinatura do autuante, com a indicação de seu cargo ou função e o número de matrícula.

Dessa forma, considerando que a ação fiscal ora atacada carece de elementos indispensáveis para se determinar com segurança a teórica infração imputada ao contribuinte, encontra-se o lançamento eivado de vícios insanáveis que inquinam de nulidade a peça acusatória, devendo ser decretada a nulidade do Auto de Infração.

No entanto, em que pese a nulidade que inquina a existência e validade da autuação, informa que prosseguirá buscando demonstrar a improcedência da peça impositiva em relação ao mérito da infração que lhe fora imputada, em observância ao princípio da eventualidade, que nada mais é do que a obrigação da parte produzir de uma só vez, todas as alegações e requerimentos, ainda que estas razões sejam excludentes e incompatíveis umas das outras.

Ao adentrar no mérito ressalta que se trata de empresa que se dedica a produção e comercialização de substâncias químicas intermediárias e acabadas, podendo ainda desenvolver

atividades de produção e comércio de produtos farmacêuticos, para farmacêuticos, medicinais, de diagnóstico e sanitários, conforme consta de seu contrato social (Doc. 01).

No exercício de seu objeto social realiza operações de circulação de mercadoria das mais variadas, no universo das quais promoveu importação do produto Cloridrato de Sevelamer, do fornecedor estrangeiro High Hope, localizado na China, através dos pedidos nºs 103/14, 105/14, 106/14 e 130/14 e suas respectivas Declarações de Importação (Doc. 02).

Uma vez recebido o material pela ora Impugnante, a mesma identificou que alguns lotes possuíam embalagens avariadas, fato que impede a utilização do produto contido na mesma, tendo sido lavrado Relatório de Não Conformidade, com indicação de devolução do todo o lote ao fornecedor estrangeiro (Doc. 03).

Acrescenta que considerando a política de controle de qualidade que a Impugnante emprega em seu processo produtivo, a mesma submete todo material empregado no mesmo a referida análise. Considerando o volume de material recebido – 8.542,20 kg -, contudo, se fazia necessária a armazenagem do mesmo em depósito fechado, enquanto amostras seriam submetidas às análises de controle de qualidade. Daí porque foi emitida a Nota Fiscal nº 4890.

Ocorre que neste ínterim, identificou-se espaço físico no próprio estabelecimento da Impugnante para armazenagem da mercadoria, não tendo sido promovida a remessa da mesma para o depósito fechado.

Esta manutenção física da mercadoria recebida do fornecedor estrangeiro, contudo, não foi comunicada internamente pela área de suprimentos aos colaboradores da área fiscal, circunstância que ensejou a não emissão da Nota Fiscal de retorno, no caso simbólico, das mercadorias nela descritas.

De fato, tratar-se-ia do atendimento a mera formalidade documental, na medida em que sequer houve movimentação física da mercadoria do estabelecimento da Impugnante para o depósito fechado, permanecendo a mesma até presente data armazenada em um contêiner localizado na sua planta industrial no Polo Petroquímico de Camaçari, conforme demonstram as fotos em anexo (Doc. 04).

Prossegue dizendo que submetida à análise de qualidade, foi verificado que o produto estava fora da especificação, tendo apresentado pontos magnéticos pretos, os quais impossibilitavam a sua utilização no processo produtivo (Doc. 05). Com base na premissa de que as mercadorias importadas possuíam defeito impeditivo de sua utilização, a ora Impugnante requereu ao fornecedor estrangeiro a devolução das mesmas, com substituição por novos lotes com as especificações corretas (Doc. 06).

O fornecedor estrangeiro High Hope, contudo, se negou a receber a devolução das mercadorias e promover a substituição das mesmas (Doc. 07), momento desde o qual a Impugnante encontra-se em longa contenda contratual com aquele, conforme demonstram as tratativas por e-mail em anexo (Doc. 08), bem como a notificação extrajudicial emitida contra o mesmo (Doc. 09).

Ao longo de todo esse tempo, considerando que a Impugnante possui contrato com o fornecedor estrangeiro, com implicações financeiras pelo descumprimento das cláusulas do mesmo, bem como ante a indefinição quanto ao destino que será dado ao produto importado – devolução ou descarte mediante incineração -, é que a Impugnante se viu obrigada a manter a mercadoria armazenada fisicamente em seu estabelecimento, não havendo que se falar em circulação ou transmissão de propriedade com a mesma.

Assevera que as operações de saída de mercadoria a armazém geral para depósito em nome do remetente são tratadas como hipótese de não incidência do imposto pelo art. 3º da Lei nº 7.014/96.

O parágrafo segundo de citado dispositivo legal converte essa não incidência simples, contudo, em suspensão da incidência do imposto, condicionada a evento futuro, a ser indicado em regulamento. O Regulamento do ICMS neste Estado da Bahia, instituído pelo Decreto nº

13.780/2012, disciplina a suspensão da incidência do imposto nos artigos 278 e 279, cujo teor que transcreveu.

Assim, considerando a autorização legal para indicação de evento futuro ao qual pode condicionar a suspensão/não incidência do imposto, o RICMS/Ba cria a condição 'retorno da mercadoria no prazo fixado pela legislação, se não for realizada a transmissão da propriedade', estabelecendo a aplicação de penalidade para o não atendimento da mesma, qual seja, a cobrança de imposto.

A Lei nº 7.014/96 disciplina a ocorrência do fato gerador do imposto, tratando das mercadorias depositadas em armazém geral no inciso III de seu art. 4º. Relativamente aos armazéns gerais, o RICMS/Ba disciplina as remessas de mercadorias aos mesmos em seu Capítulo XLVI, determinando a emissão de nota fiscal de saída e de retorno das mercadorias, sem, contudo, fixar prazo para este último.

Diz que a interpretação sistemática das previsões legais e regulamentares citada permite concluir que, nas operações de remessa de mercadoria para armazém geral, o fato gerador do imposto é a transmissão da propriedade. Não realizada essa transmissão, a remessa é tratada como não incidência do imposto, desde que atendida a condição de retorno da mercadoria, ainda que simbólico, ao estabelecimento do remetente, no prazo fixado pela legislação.

Ocorre que, no caso em análise, não há como se realizar o fato gerador do imposto, isto é, a transmissão da propriedade, na medida em que a mercadoria sequer saiu do estabelecimento da Impugnante, permanecendo fisicamente no mesmo desde sua chegada do exterior até a presente data (**Doc. 05**). Ademais, ainda que se trabalhe com a ideia do retorno simbólico da mercadoria, há de se convir que, em se comprovando materialmente que não houve circulação de mercadoria/transmissão da propriedade, o contribuinte não pode sofrer penalidade tão severa quanto a cobrança de imposto por fato gerador nunca realizado, principalmente quando se considera as limitações regulatórias de mercados relativas a mercadoria em questão.

Informa que se do Cloridrato de Sevelamer Cru, IFA – Insumo Farmacêutico Ativo utilizado na produção de medicamento destinado ao atendimento dos pacientes do Sistema Único de Saúde – SUS, portadores de insuficiência renal crônica. A ITF Chemical Ltda., desde agosto/2000, é o braço brasileiro da CHEMI SPA, empresa produtora de IFA's, a qual faz parte do grupo ITALFARMACO, que é um dos maiores do segmento farmacêutico, de origem italiana. Referido grupo tem operação e está presente em todos os continentes.

Nesse cenário é que alguns dos principais produtos fabricados pela ITF Chemical Ltda estão nos segmentos oncológico e nutricional. Através da celebração de uma PDP – Parceria para o Desenvolvimento Produtivo, com o laboratório Cristália, responsável pela formulação, e o laboratório público BahiaFarma, responsável pela produção do medicamento, a ITF Chemical Ltda se destinou à produção do IFA Cloridrato de Sevelamer (Doc. 10).

Referida substância possui séria e intrincada disciplina regulatória, somente podendo ser comercializada por empresa detentora de registro específico para esse fim frente a ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Eis as empresas que possuem registro hoje para comercialização do produto final/medicamento com o princípio ativo Cloridrato de Sevelamer.

Cita a Resolução da Diretoria Colegiada – RDC nº 200, de 26 de dezembro de 2017, da ANVISA, que dispõe sobre os critérios para concessão e renovação do registro de medicamentos, transcrevendo o seu art. Disposto na Seção V, que disciplina a Documentação Técnica da Qualidade.

Assevera que essa disciplina regulatória a um só tempo justifica (i) a conduta da ora Impugnante de rejeitar os lotes de importação, pleiteando sua devolução/substituição pelo fornecedor estrangeiro, na medida em que tem de atender ao controle de qualidade da Agência Reguladora respectiva, bem como (ii) demonstra a impossibilidade de a mesma ter realizado qualquer operação escusa de circulação de mercadoria com o produto em questão, sem sujeição à tributação estadual, hábil a ensejar a lavratura do presente Auto de Infração.

Ademais, ainda que se considere que o longo decurso do tempo sem o registro do retorno, ainda que simbólico, da mercadoria objeto Nota Fiscal nº 4890, geraria presunção de que teria havido transmissão de propriedade da mesma, hábil a exigência do imposto, há que se verificar que as previsões legais e regulamentares incidentes no caso não fixa prazo para referido retorno.

Lembra que o art. 280 do RICMS/Ba enumera as hipóteses em que haverá suspensão da incidência do imposto, fixando prazo para cada uma delas relativamente a verificação da condição a ser cumprida para que a não incidência do imposto se concretize, bem como penalidade pelo seu não atendimento. O mesmo não contempla, contudo, a remessa de mercadoria para depósito fechado.

Do mesmo modo, quando da disciplina dos armazéns gerais, dito Regulamento é omissivo quanto ao prazo para retorno de cada espécie de remessa e eventual penalidade a ser aplicada. Portanto, uma vez não fixado prazo pela legislação, a contribuinte ora Impugnante não pode ser penalizada com a cobrança de imposto, como se obrigação principal de saída de mercadoria sem a tributação devida tivesse praticado. Outrossim, o § 4º do art. 40 da Lei nº 7.014/96 conceitua a hipótese em que a mercadoria é considerada em situação irregular, circunstância que ensejaria sua apreensão, conforme § 5º deste mesmo dispositivo legal:

Nem mesmo sobre este fundamento poderia a Fiscalização pretender imputar a prática e infração à ora Impugnante, na medida em que, ainda que não tenha sido emitido documento fiscal de retorno simbólico, verdadeiro simples descumprimento de obrigação acessória forma, a mercadoria não se encontra oculta ao Fisco, que foi convidado, inclusive, na pessoa de seu agente fiscalizador, o Fiscal Autuante, para confirmar a presença física da mercadoria na planta industrial da empresa no Polo Petroquímico de Camaçari. Optou, contudo, a Fiscalização, por tratar o caso como saída tributável não registrada, em ato discricionário totalmente descompassado com as previsões legais aplicáveis ao caso já mencionadas.

Afirma que uma das características da Administração Pública é a discricionariedade, que confere ao administrador a liberdade para fazer um juízo de conveniência e oportunidade. Tanto o ato vinculado como o ato discricionário poderão ser reapreciados tanto pelo judiciário como pela própria Administração. Inclusive, e lembra que esse é o entendimento da jurisprudência, copiando decisão nesse sentido.

Diz que nas situações em que o administrador não encontra previsão normativa ou se depara com conceitos indeterminados e atua conforme juízo de oportunidade e conveniência, deve respeitar a razoabilidade e a proporcionalidade, sob pena de revogação do ato praticado. A ideia central desse princípio baseia-se no fato de que a autoridade administrativa, em seu poder discricionário, não poderá ater-se apenas a lei formal, mas também a outros conceitos, normas e princípios que devem ser observados em cada caso concreto, partindo de uma ponderação, dentro de um critério de razoabilidade, para encontrar a melhor solução ao interesse público.

No presente caso, a Impugnante foi autuada por suposta infração a dispositivos da legislação estadual. Contudo, quando da capitulação tanto da infração quanto da multa aplicável ao caso, a Administração Pública utilizou-se do poder discricionário, qualificando conduta de não atendimento a formalidade como descumprimento de obrigação principal, com aplicação de penalidades mais gravosas para o contribuinte. Entretanto, tal conduta não pode ser qualificada como correta, não sendo permitida a manutenção do ato administrativo respectivo, haja vista que, nos casos em que houver dúvida quanto aos fatos e à prática de supostas infrações, a interpretação da legislação tributária deve ser feita favoravelmente ao contribuinte, conforme disposto no artigo 112 do CTN.

De fato, não houve o descumprimento de qualquer obrigação principal de recolhimento de imposto sobre operação tributável, pois, repita-se, não houve circulação de mercadoria, com transmissão de sua propriedade.

Acrescenta que o STJ já se manifestou sobre o tema, em sede da sistemática dos Recursos Repetitivos – Resp. nº 1.131.718, conforme se infere da ementa que transcreveu. Do mesmo modo

o STF também já analisou a questão sob a sistemática da Repercussão Geral, com mérito já julgado, em sede do RE nº 540.829.

De fato, ao transformar o mero descumprimento de obrigação formal de documento fiscal de retorno simbólico da mercadoria, em descumprimento de obrigação acessória de saída de mercadoria tributável, com omissão de recolhimento do imposto, a Fiscalização Estadual viola também o art. 110 do CTN, pois desnatura os conceitos de direito privado ao, forçosamente, pretender caracterizar transferência de titularidade da propriedade da mercadoria, a qual, repita-se, segue armazenada no próprio estabelecimento da empresa importadora da mesma.

Dentro do contexto fático já exposto anteriormente, o suposto erro de formalidade em que teria incorrido a Impugnante, ao não promover a escrituração do retorno simbólico da mercadoria, não possui o condão de descaracterizar a real operação realizada, seja porque não se trata de requisito substancial para a validade do ato, seja porque devem prevalecer as operações efetivamente realizadas, em atenção ao princípio da busca da verdade real/material que norteia o processo administrativo, combinado com os princípios da razoabilidade e boa fé.

Informa que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica no sentido de que o erro formal não possui a capacidade de inquinar operações que tenham sido realizadas pelo contribuinte, a qual pode ser aplicada analogicamente ao presente caso, assim como decisão administrativa do CARF – Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, conforme Ementas que copiou.

Fala sobre o processo administrativo, a atividade fiscalizadora da Administração Tributária, que nunca poderá violar os direitos e garantias individuais do contribuinte, e por este motivo, é garantido ao particular o direito ao devido processo legal e todas as demais garantias constitucionais. Este processo tem por finalidade garantir soluções para conflitos entre Administração e Administrados, praticando a revisão da legalidade de seus atos, no sentido de discutir uma possível ilegalidade no ato administrativo e de minimizar os efeitos de possíveis equívocos que, por ventura, os agentes da administração possam ter cometido, durante a execução das atividades de sua competência, sem que para isso, tenha que recorrer ao judiciário.

Transcreve lições de Celso Antônio Bandeira De Mello e Hely Lopes Meirelles sobre a verdade material para afirmar que a autoridade julgadora tem o dever de analisar as provas apresentadas pelo contribuinte. Deixar de lado provas lícitas no momento da decisão é deixar de lado as garantias de defesa, se tornando o Processo Fiscal em um verdadeiro processo inquisitorial, pois concretamente estará nas mãos da autoridade julgadora, que ocupa, simultaneamente, as funções de acusador e defensor, tendo em vista que de nada adiantará o sujeito passivo apresentar provas que não serão levadas em conta no processo.

Acrescenta que Código Tributário Nacional contempla, inclusive, a aplicação do princípio da verdade material em seu texto, no §2º do art. 147, o qual infere-se que, eventual lançamento constituído sem observar o princípio da verdade material, poderá ser desconsiderado judicialmente, gerando assim prejuízos ao erário, tendo em vista que serão grandes as chances de condenação em honorários advocatícios sucumbenciais.

Transcreve a Súmula nº 473 do STF e conclui que não pode a Administração exigir que determinada afirmação sobre um fato só se considere provada através do meio de prova “X”, se através de outros meios de prova a Administração consegue chegar à certeza de que aquele mesmo fato ocorreu. Portanto, ainda que se considere que a Impugnante incorreu em descumprimento de obrigação acessória quando não promoveu a escrituração do retorno simbólico da mercadoria que havia sido remetida para armazém geral, não há que se falar em infração hábil à descaracterização da hipótese de não incidência do imposto, sob pena da forma prevalecer sobre a verdade dos fatos, principalmente quando se verifica que não houve qualquer prejuízo para os cofres públicos, pelo que não está o Fisco Estadual autorizado a lhe impor penalidade tão severa.

Acrescenta que um ponto importante que deve ser considerado é que a lavratura do Auto de Infração em epígrafe pela autoridade administrativa configura claro enriquecimento ilícito do Fisco Baiano, em detrimento do exercício da atividade empresarial de contribuinte de boa-fé.

Transcreve doutrinas e ensinamentos sobre o enriquecimento ilícito e afirma que na situação em tela, sem sombra de dúvidas, se o lançamento realizado na presente autuação for mantido, resultará cobrança de tributo e multa claramente indevidos, permitindo assim o enriquecimento do Fisco Federal, sem causa que o justifique, tendo em vista a (i) impossibilidade de a autoridade administrativa promover o próprio lançamento tributário, bem como (ii) a inocorrência da infração em si, dado que não houve saída de mercadoria do estabelecimento da Impugnante hábil a justificar a cobrança de tributo, o que não pode ser aceito.

Entende que o bom senso recomenda o julgamento deste Auto de Infração pela improcedência, o que se faz observando os princípios da verdade material e da moralidade administrativa, pois, caso esta Douta Delegacia de Julgamento insista na cobrança indevida, estará punindo contribuinte que sempre agiu dentro da legalidade observando todas as regras impostas pela legislação, o que seria, de fato, inaceitável!

Ressalta ainda que, eventual omissão praticada pela contribuinte acerca da escrituração do retorno simbólico da mercadoria ao estabelecimento do qual nunca saiu, não provocou prejuízo econômico ao Erário Público, justamente por não ter sido praticada qualquer operação de circulação de mercadoria. Daí porque este Conselho de Fazenda Estadual praticará medida de justiça fiscal julgando improcedente o presente Auto de Infração, resultante de um equívoco da Fiscalização.

A seguir, aborda outros aspectos tidos como abusivos do Auto de Infração uma vez que tendo em vista o cometimento de supostas infrações, lhe foram aplicadas as penalidades previstas no artigo 42, da Lei 7.014/96, e suas alterações, todavia a Constituição Federal em seu artigo 150, inciso IV, devidamente copiado, veda a utilização do tributo com efeito de confisco. Elucida, diante das imputações tecidas pela autuante, o alcance do dispositivo constitucional em tela, tendo em vista a inexistência de critério delimitador da atividade arrecadatória do Fisco, bem como a menção expressa de que o caráter predatório não será aplicado à cobrança de tributo, não sendo assim mencionada expressamente a penalidade decorrente do descumprimento das obrigações tributárias, quer principal, quer acessória.

Menciona dispor o caput do artigo constitucional em análise que a Administração Tributária deverá respeitar não só os princípios insculpidos no seu bojo, como também as garantias asseguradas ao contribuinte, existentes nas demais disposições da Carta Magna.

Destaca o direito de propriedade preconizado no artigo 5º, inciso XXII, da Carta Política, e que resguarda a todos os brasileiros e estrangeiros residentes no território nacional a prerrogativa de não terem seu patrimônio dilapidado sem prévia indenização, ou, quando da atuação dos agentes tributários, sem a existência de arrecadação extremada e o fato da vedação do efeito de confisco da atuação fiscal do Estado e das entidades que detêm a capacidade tributária tem estreita relação com o direito de propriedade do contribuinte, conforme elucida Bernardo Ribeiro de Moraes, na forma do texto copiado.

Fala estar o confisco por meio de tributos ligado aos direitos de propriedade, e esta não pode ser transferida, sem razão, por ação das autoridades públicas, do patrimônio do particular para o de outro, nem mesmo para o Poder Público, sem a vontade do proprietário e por tal raciocínio, a extensão da atuação tributária deve respeitar o patrimônio do contribuinte, retirando assim, de seu domínio, apenas parcela que não afete a sua integralidade.

Anota ser o segundo aspecto analisado referente à aplicabilidade de tais garantias quando da atuação punitiva do Estado, decorrente do suposto descumprimento pela Impugnante, no caso, de obrigação tributária, e, considerando que os princípios em análise são aplicados quando da atuação fiscal do Estado, é imperiosa a conclusão de que tal garantia do contribuinte envolve

também a dosagem da punibilidade a ser aplicada em virtude de eventual descumprimento de obrigação tributária. De fato, verifica que a valoração da multa deve estar em perfeita consonância com o princípio que veda o confisco na exigência exacional, sob pena da ocorrência de dilapidação do patrimônio do infrator da obrigação fiscal, trazendo entendimento de Paulo César Baria de Castilho e Sacha Calmon Navarro Coelho, para concluir que a multa não pode ter caráter confiscatório, logo, é perfeitamente cabível sua redução em face de valor excessivo, em nome dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Aduz que a Autoridade Fiscalizadora, ao imputar multa de 60% (sessenta por cento) sobre o valor da operação, acaba por confiscar parte do patrimônio da empresa impugnante, uma vez que as supostas infrações cometidas, mesmo que fossem verdadeiras, não justificam a multa extorsiva exigida nos presentes autos, violando os mais mezinhos preceitos constitucionais, e por outro lado, a aplicação de multa tem como função apenas a punição ao contribuinte pelo descumprimento de determinada obrigação, e não efetuar a recomposição do Erário – o que já está sendo feito pela exigência do valor do imposto, invocando, mais uma vez, lição doutrinária de Heron Arzua, Dirceu Galdino

Notícia que os Tribunais têm reduzido a multa flagrantemente confiscatória a padrões punitivos que não representam enriquecimento ilícito do Fisco e neste ponto, traz à baila o entendimento do STF sobre a questão, em julgamento pelo Pleno, conforme trechos inseridos.

Conclui sua impugnação com os seguintes pedidos:

- a) lhe sejam deferidos todos os meios de provas admitidas em direito, requerendo, de logo, a juntada posterior dos documentos que se fizerem necessários, inclusive a realização de revisão fiscal efetuada por fiscal estranho ao feito, através da ASTEC – Assessoria Técnica do CONSEF, com vistoria técnica no estabelecimento da Impugnante, sob pena de cerceamento ao direito de defesa, nos termos do artigo 5º da Constituição Federal;*
- b) em preliminar, seja reconhecida a NULIDADE DA AUTUAÇÃO por vício material, ante o erro de capitulação da suposta infração cometida;*
- c) no mérito, seja julgada TOTALMENTE IMPROCEDENTE A AUTUAÇÃO, como efetivamente o é, dentro da fundamentação acima apresentada, expurgando os juros cumulativos e a multa em percentual confiscatória, utilizando-se o bom senso e aplicando-se a melhor norma constante do RICMS, por ser medida de direito e JUSTIÇA.*

Por fim, requer que todas as intimações sejam postadas, publicadas ou diligenciadas em nome dos advogados que indicou.

Um dos autuantes apresenta a Informação Fiscal de fls. 187 a 1924. Inicialmente faz uma síntese das razões de defesa, nos seguintes termos:

1. No tocante às preliminares de nulidade, o autuado reproduz teses sobre vícios formais e materiais no lançamento do crédito tributário, para enfim concluir que estes autuantes incorreram em erro na capitulação da infração imputada, em razão de, a seu ver, tratar-se de descumprimento de mera obrigação acessória, como também por terem caracterizado como operação de circulação das mercadorias em questão, quando as mesmas, afirma, remanescem armazenadas no estabelecimento da impugnante.
2. a autuação não imputa à empresa a prática de infração tipicamente especificada, por termos considerado que o contribuinte incorreu em infração ao art. 332, I, do RICMS/BA, que trata do prazo de recolhimento do ICMS, bem como os artigos 2º, I, e 32, da lei 7014/96, que igualmente dispõem sobre o fato gerador e a forma de recolhimento do imposto.

Em seguida passa a prestar os seus esclarecimentos, informando em relação ao item 1 acima que o mesmo será comentado no tópico relacionado ao mérito, pois ao mesmo está relacionada.

Sobre o segundo aspecto, afirma que o lançamento atende às exigências formais quanto à ocorrência do fato gerador, a determinação do sujeito passivo, da base de cálculo e do montante devido, e que no corpo do auto está descrito o fato que constituiu a infração, bem como seu enquadramento legal e a tipificação da multa.

No tocante ao mérito esclarece que a empresa emitiu a Nota Fiscal nº 4890, dando saída de 8.542,20 kg do produto cloridrato de *sevelamer cru*, e 2.646,20 kg de *sevelamer HCL*, com destino ao estabelecimento neste estado do armazém geral Colúmbia do Nordeste S/A, inscrito sob nº 08.795.948, para lá ficarem depositados, até outra destinação. A saída se deu sob amparo do art.6, inc. VI, alínea c, e art. 464, do RICMS/BA (Dec. 13.780/12), isto é, saída com não incidência, para armazéns gerais.

Afirma que a nota fiscal, anexada às fls. 05, foi emitida em 31/07/2015. Não se constatou retorno físico ou simbólico das mercadorias ao estabelecimento até, pelo menos, a data de lavratura do Auto de Infração, 27/12/2018. Desta forma, foi a empresa intimada a comprovar a permanência do material no armazém geral, seu retorno real ou simbólico, ou sua saída definitiva. Não ocorreu a comprovação e, tampouco as mercadorias estavam constando do Inventário da empresa.

Assevera que o autuado apresenta em sua defesa a explicação de que houve problemas com alguns lotes, o que impediria a utilização do produto, tendo sido emitido internamente *Relatório de Não Conformidade*, que anexou. Que devido ao volume do material se fazia necessária armazenagem em depósito fechado, enquanto se fariam análises de controle de qualidade de amostras. Daí, segundo afirma, foi emitida a Nota Fiscal nº 4890. Neste ínterim, identificou-se espaço físico no próprio estabelecimento da empresa para a armazenagem dos produtos. Desta forma alega que não foi promovida a remessa da mesma para o armazém geral.

Aduz ainda que por problema de comunicação interna, deixou de emitir nota fiscal de retorno simbólico para a operação. Entende tratar-se de mera formalidade, porquanto permanece a mercadoria até a presente data na empresa (anexa fotos).

Prosseguindo nas explicações, diz que, feitas as análises, verificou-se que o produto estava fora de especificação, tendo requerido ao fornecedor estrangeiro a devolução das mesmas, com substituição por novos lotes corretos. O fornecedor, entretanto, negou-se a regularizar, resultando em longa contenda contratual e extrajudicial. Ante à indefinição quanto ao destino a ser dado ao produto, alega que se viu obrigada a manter a mercadoria armazenada fisicamente em seu estabelecimento, não havendo que se falar em circulação ou transmissão de propriedade da mesma.

Analizando as razões de defesa externa o entendimento de que não se trata de caso de suspensão da incidência do ICMS, pois não se encontra elencado nas hipóteses do art. 280 do RICMS, como alega o contribuinte, mas de operação de saída com não incidência do imposto.

Explica que a saída será naturalmente amparada pela não incidência, caso seja uma operação real, e não está expressamente condicionada a evento futuro, pois remetida ao armazém geral, espera-se que dali tenha destinação a terceiros, caso em que o remetente depositante receberá nota fiscal de retorno simbólico e emitirá, por sua vez, a nota fiscal de saída definitiva (tributada no caso), ou receberá nota fiscal de retorno físico da mercadoria ao seu estabelecimento, neste caso sem incidência do imposto.

Conclui que se a remessa para depósito não se verificou, descabe a não incidência, e o imposto é devido, a menos que, no caso, se comprove por todos os meios e de forma que não restem dúvidas, que a mercadoria não saiu fisicamente, e a sua presença deverá ser absolutamente comprovada.

Faz o seguinte resumo:

- 1) A Nota Fiscal nº 4890, foi emitida sem destaque do ICMS, com fundamentação na alínea “a” do artigo acima transcrito.
- 2) Verificando que não constava na escrita fiscal digital (EFD) o retorno real ou simbólico das mercadorias constantes da referida nota, as quais foram enviadas para armazenagem, solicitamos da empresa que comprovasse:
 - a) que a mercadoria ainda se encontrava em posse do armazém geral ou

b) o retorno real ou simbólico à remetente

c) a saída definitiva para terceiros

A autuada declarou que não poderia atender ao solicitado, porque a remessa não se efetivou.

Entendem que ao emitir nota fiscal que não corresponda a operação real ou simbólica é, por si, uma infração, e transcreve o teor do art. 33 do RICMS/BA.

Afirmam que a caracterização desta infração como descumprimento de obrigação acessória depende da comprovação categórica e incontestável de que a mercadoria não saiu, nem para o armazém geral nem para outra pessoa qualquer. No caso deve ser comprovado, de forma contundente, que a mesma ainda continua nas dependências e na titularidade do emitente da nota fiscal, como também registrado seu estoque no livro Registro de Inventário.

Informam que nas reuniões realizadas com prepostos da empresa foi informado que a mercadoria efetivamente nunca saiu fisicamente das dependências da empresa, ou seja, ela não foi de fato remetida para o armazém geral indicado na Nota Fiscal nº 4890 e que permanecia até aquela data na sede da empresa. Ainda que, por falha de comunicação interna entre os setores da mesma, deixou de ser cancelada ou emitida nota fiscal de retorno simbólico.

As alegações verbais da empresa nas reuniões efetuadas não foram suficientes para nos convencer de que teria havido mero descumprimento de obrigação acessória, pelas seguintes razões:

1. Não é plausível que uma operação no montante de R\$3.281.323,68 seja tratada sem o cuidado documental necessário, a ponto de negligenciar-se a emissão de nota fiscal que anulasse a remessa que não aconteceu, permanecendo por quase 4 anos sem sua regularização.
2. Consideramos essencial confirmar que a mercadoria existente na data atual seja realmente a mesma mercadoria constante da nota fiscal 4890, haja vista que a empresa fez várias outras aquisições da mesma mercadoria.
3. A mercadoria não se encontra registrada no livro Registro de Inventário da empresa, nem mesmo na condição “em posse de terceiros”.
4. Nos documentos que anexou, o autuado tem a intenção de comprovar que a mercadoria constante da Nota Fiscal nº 4890 é oriunda da importação correspondente às DIIs 15/01777329; 15/03569839 e 15/08248526.
5. Observa-se, pelos documentos e correspondências apresentados, que efetivamente houve rejeição das mercadorias constantes daquelas DIIs.
6. Há, conforme as fotos, embalagens do produto sevelamer, costumeiramente importado pela empresa, em um container o qual afirma se encontrar nas dependências da empresa.

Diante de tais constatações, elaboraram as seguintes considerações:

- a) A empresa emitiu uma nota fiscal de remessa para armazém geral, a qual não se realizou, e que não foi cancelada nem teve qualquer outra contrapartida que a anulasse, como retorno simbólico por exemplo;
- b) O documento fiscal foi emitido sem destaque do ICMS, por se tratar de remessa para armazém geral, a qual não foi comprovada;
- c) Mesmo após o lapso de quase quatro anos decorridos, não houve nenhuma providência no sentido de regularizar documentalmente a situação;
- d) A mercadoria ainda está formalmente oculta, uma vez que nem foi registrada no Inventário da empresa;

Conclui então, que mesmo após todos os esclarecimentos presenciais e análise da documentação acostada, que não há nenhum indicador, ou vinculação conclusiva, de que a mercadoria que o

autuado afirma encontrar-se na empresa é a mesma que documentalmente fora remetida para o armazém geral, e que supostamente se originara da importação rejeitada a que se refere.

Do ponto de vista do documento fiscal, entende que se não houve de fato a saída para armazenagem, e não se comprova com segurança o destino da mercadoria, isto caracteriza saída definitiva normalmente tributada.

A empresa contradiz o documento fiscal afirmando que a saída para armazém geral não aconteceu efetivamente; contudo, os documentos acostados não comprovam incontestavelmente o destino e a localização física da mercadoria. Não se há, portanto, que se falar de não incidência, se a destinação não foi depósito fechado ou armazém geral como dispõe o art. 3º. Inciso VI, nem outra hipótese de não incidência prevista no Regulamento e, tampouco, foi definitivamente comprovada a existência das mercadorias em seu estoque.

Em respeito ao princípio da verdade material e da ampla defesa que norteiam o Processo Administrativo Fiscal e que devem ser observados, esta 4ª JJF, na sessão suplementar realizada em 18/06/20, decidiu converter o presente processo à ASTEC / CONSEF – Assessoria Técnica do CONSEF, para que o diligente designado intimasse a empresa a apresentar cópia da notificação extrajudicial emitida contra o fornecedor estrangeiro High Hope, localizado na China, assim como comprovação de que as mercadorias indicadas na NF 4890 encontram-se estocadas em seu estabelecimento.

Após foi solicitado que o sujeito passivo fosse cientificado, fornecendo-lhe no ato da intimação, cópia dos novos elementos, com indicação do prazo de 10 (dez) dias para sobre eles se manifestar, querendo.

Em atendimento a diligência foi elaborado o Parecer de nº 005/21, fls. 261 a 263 onde o auditor José Adelson Mattos Ramos informou que para atender o quanto solicitado a empresa em atendimento à sua intimação apresentou os seguintes documentos:

1. Cópias de Processo judicial nº 8000988-83.2019.8.05.0039, ajuizado na 1ª Vara de Feitos de Relação do Consumo Cíveis, Comerciais e Reg. Públicos da Comarca de Camaçari, distribuído em 17/05/2019, onde requer judicialmente que seja deferida de forma liminar a produção de prova pericial nos 3.054,6 kg de Cloridato de sevelâmer puro e 7.335 Kg de sevelâmer cru importados.
2. Cópias de e-mails trocados com a Sra. Maria Monique de Almeida Souza, Executiva de Vendas da empresa Columbia do Nordeste, onde é solicitado “*verificar se nos seus controles internos o conteúdo do DANFE nº 00489 foi em algum momento recepcionado pela Columbia, atual TPC Logística S.A.*”.

Em resposta através de e-mail, datado de 05 de março de 2021, a executiva da COLUMBIA NORDESTE responde que: “*Analizamos as declarações enviadas, período 2015 a 2021 e não consta registro de entrada da NF-e 4890- ITF CHEMICAL*”;

3. *Fotografias das mercadorias estocadas no estabelecimento da autuada – Doc. 03, fls. 258 a 260-V.*

Diz que feitas as devidas análises chegou as seguintes conclusões:

Primeiro: Em relação ao Processo judicial nº 8000988-83.2019.8.05.0039, que a empresa comprovou a existência de contenda judicial referente à recusa da remetente das mercadorias em receber em devolução as mercadorias arroladas na Nota Fiscal nº 004890, objeto da exação.

Segundo: Através de cópias de correspondências, e-mail entre o representante da autuada e executiva da Colômbia do Nordeste S.A., ficou demonstrado que as mercadorias arroladas na Nota Fiscal nº 004890, a ela destinadas não foram remetidas, portanto, não as recebeu;

Terceiro: Fotografias atuais atestam a existência dos produtos, aparentemente, ainda sem uso.

O autuado se manifesta às fls. 269 a 271 e após fazer um resumo do contido no referido Parecer

entende que restou demonstrada a “*caracterização categórica e incontestável de que a mercadoria não saiu, nem para armazém geral nem para outro destino*”, justamente pela demanda contratual com o fornecedor estrangeiro daquela.

Reafirma que referido descumprimento de obrigação acessória não possui o condão de descaracterizar a real operação e requer a desconstituição do lançamento, ou, quando muito, a aplicação de penalidade equivalente ao descumprimento da obrigação acessória em questão.

O mesmo autuante que prestou a Informação Fiscal discorda das conclusões da ASTEC de que o contribuinte comprovou a existência de contenda judicial referente à recusa da remetente das mercadorias em receber em devolução as mercadorias arroladas na nota fiscal n. 004890, objeto da exação, considerando que:

- a) não está estabelecida de forma conclusiva a vinculação das mercadorias avariadas, objeto do pleito judicial, cuja petição inicial se deu somente em 17/05/2019, inclusive com divergência quanto as quantidades;
- b) o lapso do tempo entre o fato e o procedimento judicial;
- c) a falta de registro das mercadorias no inventário da empresa.

Diz que, por se tratar de matéria prima, frequentemente importada pelo autuado, a requisição de perícia judicial a respeito de mercadorias idênticas não é suficiente para afirmar que se trata das mesmas mercadorias constantes da nota fiscal que deu origem ao auto de infração, por inexistência definitiva de comprovação de que se trata do mesmo lote de mercadorias que foram, equivocadamente, discriminadas na nota fiscal de remessa para armazenagem.

Reitera os termos da Informação Fiscal de fls. 189 a 191 e mantém integralmente a autuação.

VOTO

A acusação objeto do presente lançamento está assim descrita: “*Deixou de recolher ICMS no(s) prazo(s) regulamentar(es), referente às operações escrituradas nos livros fiscais próprios*”.

Foi acrescentado que: “*Deixou de recolher o ICMS nas remessas de mercadorias para armazém geral, lançadas com não incidência do imposto, não comprovando, no entanto, seu retorno real ou simbólico, fato que caracteriza saída definitiva não contemplada com a incidência prevista no art. 3º inciso VI, alíneas “a” e “c” da Lei nº 7.014º96, combinado com arts. 278 e 279, e seus parágrafos, do RICMS/BA, aprovado pelo Dec. nº 13.780/2012*”.

O autuado arguiu a nulidade da infração por existência de vício material, tendo em vista, que, no seu entender, houve erro na capitulação da suposta infração, cerceando o seu direito de defesa

Tal argumento não pode ser acatado, pois de acordo com os documentos acostados aos autos, constato que a infração é decorrente de remessa de mercadorias para armazém geral, sem comprovação do seu retorno real ou simbólico, caracterizando saída definitiva, não contemplada com a não-incidência do imposto, das mercadorias acobertadas pela Nota Fiscal nº 004.890, emitida em 31/07/2015, portanto, inexistente o alegado vício material.

Ademais, a acusação está posta de maneira clara, sendo possível identificar os fatos que ensejaram a autuação; o sujeito passivo; a base de cálculo; a alíquota aplicada; o montante do débito. O enquadramento legal da infração e respectiva penalidade foram feitos em conformidade com as disposições do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Tanto é assim, que a empresa autuada compareceu ao processo, exercendo de forma irrestrita o seu direito de ampla defesa, prova disso, é que abordou todos os aspectos da infração, trazendo fatos e argumentos que ao seu entender elidiria a mesma, com precisão e exercendo sem qualquer restrição o contraditório.

Quanto ao argumento de que a ocorrência teria sido desatendimento de obrigação formal de

emissão de documento fiscal, uma vez que não teria havido circulação de mercadoria, pois a mesma remanesce armazenada em seu estabelecimento, observo que se trata de questão de mérito, e passo a me pronunciar a respeito.

No mérito, como dito anteriormente, o presente lançamento diz respeito a falta de recolhimento do imposto, no prazo regulamentar referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios.

De acordo com demonstrativo de fl. 05, trata-se de remessa para armazém geral sem comprovação do retorno real ou simbólica das mercadorias acobertadas pela Nota Fiscal nº 004.890, emitida em 31/07/2015.

Da análise do citado documento, cópia à fl. 05, verifico que tem como destinatária a empresa COLUMBIA DO NORDESTE S/A., estabelecida no município de Simões Filho, e diz respeito a 8.542,20 kg de CLORIDATO DE SEVELAMER CRU ESPECIFICAÇÃO QCM-202 V.001, NCM/SH 3911.90.29 e 2.646,20 Kg de SEVELAMER HCL, NCM/SH 3911.90.29.

Observo que não houve destaque do imposto, e no campo “Informações Complementares” consta a seguinte informação: “NÃO HÁ INCIDÊNCIA DE ICMS CONF. ART. 6 VI-A DO RICMS/BA CONF. DECRETO 13.780/12 ART. 464 REMESSA PARA ARMAZEM GERAL”.

O defendente alega que promoveu importação do produto Cloridrato de Sevelamer, do fornecedor estrangeiro High Hope, localizado na China, através dos pedidos que indicou, e suas respectivas Declarações de Importação. Entretanto, ao receber o material identificou que alguns lotes possuíam embalagens avariadas, fato que impediria a utilização do produto, tendo sido lavrado Relatório de Não Conformidade, com indicação de todo lote ao fornecedor estrangeiro.

Assevera que, considerando o volume de material recebido - 8.542,20 kg, se fazia necessária a armazenagem do mesmo em depósito fechado, razão pela qual, foi emitida a Nota Fiscal 4890. Porém, neste ínterim, identificou espaço físico em seu estabelecimento para armazenagem da mercadoria, não tendo sido promovida a remessa para depósito fechado. Entretanto, por equívoco não foi emitida a Nota Fiscal de retorno, no caso simbólico, das ditas mercadorias.

Informa que após análise de qualidade, foi verificado que o produto estava fora de especificação, e impossibilitava a sua utilização no processo produtivo, razão pela qual, requereu ao fornecedor estrangeiro a devolução das mesmas, com substituição por novos lotes com as especificações corretas. Ocorreu que o fornecedor se negou a receber a devolução, razão pela qual, encontra-se em longa contenda contratual com aquele, conforme demonstram as tratativas e e-mail, bem como notificação extrajudicial emitida contra o mesmo.

Reconhece ter incorrido em descumprimento de obrigação acessória, quando não emitiu a nota fiscal do retorno simbólico da mercadoria, porém, não há que se falar em infração hábil à descaracterização da hipótese de não incidência do imposto.

Os autuantes não acatam os argumentos defensivos, asseverando não haver nenhum indicador ou vinculação conclusiva de que as mercadorias, motivo da autuação, são as mesmas originárias da importação rejeitada.

Diante desta situação, esta 4ª JJF converteu o processo em diligência à ASTEC/CONSEF – Assessoria Técnica do CONSEF, para que o diligente designado adotasse as seguintes providências:

- a) Intimasse a empresa a apresentar os documentos necessários a fim de comprovar que a operação do presente lançamento, referente à Nota Fiscal nº 5116, de fato, está enquadrada no inciso XLI, alínea “a”, do art. 265 do RICMS/Ba.
- b) Caso o defendente atendesse à solicitação acima, examinasse os elementos apresentados e anexasse aos autos cópias dos referidos documentos, informando se de fato as operações informadas na mencionada nota fiscal, se referiam à devolução de mercadorias anteriormente exportadas.

Através do Parecer ASTEC nº 05/2021, o diligente informou que em atendimento a intimação dirigida ao autuado foram apresentados os seguintes documentos:

4. Cópias de Processo judicial nº 8000988-83.2019.8.05.0039, ajuizado na 1ª Vara de Feitos de Relação do Consumo Cíveis, Comerciais e Reg. Públicos da Comarca de Camaçari, distribuído em 17/05/2019, onde requer judicialmente que seja deferida de forma liminar a produção de prova pericial nos 3.054,6 kg de Cloridato de sevelâmer puro e 7.335 Kg de sevelâmer cru importados.
5. Cópias de e-mails trocados com a Sra. Maria Monique de Almeida Souza, Executiva de Vendas da empresa Columbia do Nordeste, onde é solicitado “*verificar se nos seus controles internos o conteúdo do DANFE nº 00489 foi em algum momento recepcionado pela Columbia, atual TPC Logística S.A.*”.

Em resposta através de e-mail, datado de 05 de março de 2021, a executiva da COLÚMBIA NORDESTE responde que: “*Analizamos as declarações enviadas, período 2015 a 2021 e não consta registro de entrada da NF-e 4890- ITF CHEMICAL*”;

6. *Fotografias das mercadorias estocadas no estabelecimento da autuada – Doc. 03, fls. 258 a 260-V*

Em seguida diz que após as devidas análises da documentação acima indicadas concluiu que:

- a) O documento indicado no item 1 comprova a existência de contenda judicial referente à recusa da remetente das mercadorias, em receber em devolução as mercadorias arroladas na Nota Fiscal nº 004.890, objeto da exação;
- b) Segundo declarações da COLÚMBIA NORDESTE, as mercadorias arroladas na Nota Fiscal nº 004.890 não foram a ela remetidas, portanto, não as recebeu.
- c) As fotografias atuais anexadas às fls. 258 a 260V, atestam a existência de produtos aparentemente ainda sem uso.

Um dos autuantes se manifesta acerca do referido Parecer da ASTEC, discordando da afirmativa do diligente, de que o contribuinte comprovou “*a existência de contenda judicial referente à recusa da remetente das mercadorias em receber em devolução as mercadorias arroladas na nota fiscal nº 004890, objeto da exação*”, sob o argumento de que apenas foi comprovada a existência de pedido para que “*seja deferida de forma liminar a produção antecipada de prova pericial*” envolvendo as mercadorias cloridrato de sevelâmer puro e sevelâmer cru, porém, em quantidades discordantes das indicadas na Nota Fiscal 004890, que se reporta a 2.646,2 kg de SEVELAMER HCL e 8.542,2 kg de SEVELAMER CRU.

Em vista desta constatação, entende que não restou estabelecida de forma conclusiva a vinculação das mercadorias avariadas, objeto do pleito judicial (cuja petição inicial se deu somente em 17/05/2019), com as discriminadas na Nota Fiscal nº 4890 de 31/07/2015, inclusive pela divergência quanto às quantidades; o lapso de tempo entre o fato e o procedimento judicial; a falta de registro das mercadorias no inventário da empresa.

Pontua, que por se tratar de matéria prima, frequentemente importada pelo autuado, a requisição de perícia judicial a respeito de mercadorias idênticas não é suficiente para afirmar que se trata das mesmas mercadorias constantes da nota fiscal que deu origem ao auto de infração, por inexistência definitiva de comprovação de que se trata do mesmo lote de mercadorias que foram, equivocadamente, discriminadas na nota fiscal de remessa para armazenagem.

Após análise dos documentos acostados aos autos, as razões e contrarrazões das partes, além das informações e conclusões trazidas no Parecere ASTEC nº 05/2021, emitido pelo Auditor Fiscal Fiscal José Adelson Mattos Ramos, entendo ter restado comprovado que:

- a) as mercadorias indicadas na Nota Fiscal nº 4890 são oriundas de importação junto ao fornecedor High Hope, localizado na China, conforme comprovam os pedidos realizados junto

à referida empresa, e as Declarações de Importações, com datas de registro em 28/01/2015; 25/02/2015; 08/05/2015, anexadas às fls. 63 a 64;

- b) que os produtos recebidos encontravam-se fora de especificação, em razão da existência de embalagens avariadas, conforme Relatório de não Conformidades, cópias às fls. 77 a 86, emitidos em 03/02/2015, 05/03/2015 e 19/05/2015, datas compatíveis com a data de registro das Declarações de Importações;
- c) existência de Ação Judicial de produção antecipada de provas proposta pela autuada em 10 de maio de 2019, contra a importadora, com o intuito de realizar perícia farmoquímica dos produtos importados, no caso, 3.054,6 kg de cloridrato de sevelâmer puro e 7.336kg de cloridrato de sevelâmer, mercadorias idênticas às constantes na nota fiscal objeto do presente lançamento;
- d) a existência no estoque do estabelecimento autuado dos referidos produtos;
- e) Também restou comprovado, através de declaração prestada pelo depósito fechado, que o documento fiscal em questão não se encontra registrado em seus registros fiscais, aliado ao fato de que não foi anexado pela fiscalização qualquer documento comprovando a circulação das mercadorias, a exemplo de Conhecimento de Transporte.

Também observo, que não consta no PAF qualquer levantamento fiscal atestando que as mercadorias existentes em estoque não teriam sido registradas no Inventário da empresa, como afirmou o autuante, o que no meu entender, somente poderia ser comprovada através de um levantamento quantitativo de estoque em aberto, o que não ocorreu no presente caso.

Diante destas constatações, entendo que a diligência requerida por esta JJF junto à ASTEC, comprovou a existência de contenda judicial referente à recusa da remetente das mercadorias em receber em devolução as mercadorias arroladas na Nota Fiscal nº 004.890, objeto do presente lançamento, e que as mesmas aparentemente se encontram estocadas no estabelecimento da autuada.

Considerando que não foi anexado aos autos provas ou mesmo indícios de que as mercadorias de fato saíram do estabelecimento autuado, pelo contrário, a empresa destinatária declarou não tê-las recebido, concluo que não ficou comprovada a realização de operações de saídas tributáveis de mercadorias sem o recolhimento do ICMS, como se fossem saídas para armazenagem, razão pela qual, a infração é insubsistente.

No entanto, ocorreu descumprimento de obrigação acessória por parte do sujeito passivo, ao não cancelar a referida operação, descumprindo a regra do art. 92 §§1º e 2º da Lei nº 7.014/96, abaixo transcrito:

“Art. 92. Após a concessão de Autorização de Uso da NF-e, o emitente poderá cancelar o respectivo documento eletrônico em prazo não superior a 24 (vinte e quatro) horas, contado do momento em que foi concedida a Autorização de Uso da NF-e, desde que não tenha ocorrido a circulação da mercadoria.

§ 1º Após o prazo máximo referido no caput e desde que não tenha ocorrido a circulação da mercadoria, fica admitida a emissão de Nota Fiscal de entrada ou saída para regularização do quantitativo da mercadoria em estoque, com destaque do imposto, se for o caso, desde que emitida no prazo de sessenta dias da emissão da nota fiscal incorreta.

§ 2º A NF-e referida no § 1º deve conter, no campo “Chave de acesso da NF-e referenciada”, a chave de acesso da NF-e que foi cancelada por incorreção, bem como o motivo da incorreção no campo “Informações complementares”.

Neste sentido, entendo que não deverá ser exigido imposto do contribuinte, mas tão-somente a multa acessória de R\$460,00 – penalidade inespecífica disposta no art. 460, inciso XXII da Lei nº 7.014/96, com suporte no contido no art. 157 do RPAF/BA, a seguir transcrito:

“Art. 157. Verificada a insubsistência de infração quanto à obrigação principal, porém ficando comprovado o cometimento de infração a obrigação acessória vinculada à imputação, o julgador deverá aplicar a multa cabível, julgando o Auto de Infração parcialmente procedente.”

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, em razão da conversão do imposto exigido em multa por descumprimento de obrigação acessória.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** O Auto de Infração nº **087461.0005/19-1**, lavrado contra **ITF CHEMICAL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$460,00**, prevista no inciso XXII, da Lei nº 7.014/96, com os acréscimos moratórios, de acordo com a Lei nº 9.837/05.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras de Julgamento do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558/18, com efeitos a partir de 17/08/18.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 30 de agosto de 2021.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – RELATORA

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR